الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

جامعة محمد بوضياف (المسيلة)

1985
جامعة محمد بوضياف - المسيلة
Université Mohamed Boudiaf - M'sila

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

الهبة في العقار

مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص : أحوال شخصية

إعداد الطالب :

قعباش فارس

تحت إشراف الأستاذ :

بلموهوب محمد الطاهر

السنة الجامعية 2016/2015

بِسْمِ اللهِ الرَحْمَنِ الرَحِيم

"وَمَا تَوْفِيقِي إِلَّا بِاللَّهِ عَلَيْهِ

تَوَكَّلْتُ وَإِلَيْهِ أُنِيبُ" هود الآية:88

اللهمّ إِنِّي استودَعْتُك ما قرأت وما حفظت وما تعلّمت ، فردّه عند حاجتي إليه، إنك على كل شيءٍ قدير، حسبنا الله ونعم الوكيل.

إهــــــــــداء

إلى من أعلن حبي لهم علانية

إلى النور الــــذي ينير لـــي درب النجاح ... أبي

إلى من علمتني الصمود مهما تبدلت الظروف .. أمي

إلى روح أختي و أخي الطاهرتين (سليمة و عبد الفتاح) رحمهما الله و أسكنهما فسيح جناته

إلى كل إخوتي و أخواتي الذين كانوا يضيئون لي الطريق بنور حبهم و مساندتهم – أتمنى لهم كل التوفيق و السداد في الدنيا و الآخرة

إلــى أصدقائي عبد الحفيظ , عبد الوهاب , حمزة , بلقاسم , مبارك ...

إلى كل أساتذة و طلبة الأحوال الشخصية.

شكر وعرفان

الحمد لله الذي أنار لنا درب العلم والمعرفة وأعاننا على أداء هذا الواجب ووفقنا إلى إنجاز هذا العمل.

أتقدم بجزيل الشكر لكل من قدم لي يد المساعدة من قريب أو من بعيد على إنجاز هذا العمل وتذليل ما واجهني من صعوبات, و أخص بالذكر الأستاذ المشرف بلموهوب محمد الطاهر الذي لم يبخل علي بتوجيهاته ونصائحه القيمة في كل وقت والتي كانت عونا لي في إتمام هذا العمل.

ولا يفوتني أن أشكر كل الأساتذة المحامين الذين لم يبخلوا علي بالنصائح والإرشادات في كل وقت وفي كل حين .

مقدمة

إن حب الخير صفة متأصلة في كل إنسان باحث عن الكمال , و هذا ما جاءت به الشريعة الإسلامية و دعت إليه لقوله صلى الله عليه و سلم **" إنما بعثت لأتمم حسن الأخلاق "** [(1)] فلكي يكتمل إيمان الإنسان لابد له من أن ينفق من أعز ما يملك مصداقا لقوله عز من قائل **" لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون "** [(2)] , وقد يتخذ الإنفاق عدة أشكال وأنواع كالصدقة والوقف والهبة, وقد تتشابه هذه التصرفات إلى حد بعيد لما تعنيه من تبرع بدون مقابل مادي إلا أن الاختلاف يكمن في القصد من التبرع فقد يقصد الشخص من تبرعه التقرب إلى الله عز وجل فيكون التصرف في هذه الحالة إما صدقة أو وقفا أما إذا قصد به التقرب والتودد للعباد فنكون في هذه الحالة أمام هبة لقوله صلى الله عليه و سلم **" تهادوا تحابوا "** [(3)] فالهبة تقوي الروابط بين أفراد المجتمع الواحد وهي من أسمى التبرعات لما فيها من إيثار وتضحية بالمال لصالح الغير وكذا لخطورتها على الواهب وعلى الورثة لأن الشخص يكون له كامل الحرية في أن يهب كل أمواله أو جزء منها ما قد يضره أو يضر ورثته لذا فإن الشريعة الإسلامية وكل التشريعات الوضعية سواءًا الغربية أو العربية قد سعت إلى تنظيم عقد الهبة وبينت أركانها وشروطها وأحكامها ومنها المشرع الجزائري الذي سعى هو الآخر إلى تنظيمها من خلال قانون الأسرة في الفصل الثاني من الكتاب الرابع في المواد من 202 إلى 213 [(4)]

---

(1)- مالك بن أنس بن مالك , الموطأ , مؤسسة الرسالة ناشرون , الطبعة الأولى , سنة النشر 2013 ص 692

(2)- سورة آل عمران , الأية (92)

(3)- مالك بن أنس بن مالك , المرجع نفسه . ص 696

(4)- قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم ، الجريدة الرسمية الصادرة في 1984/06/12 عدد 24

وقد خص المشرع الجزائري الهبة بمجموعة من الأركان هذا بالإضافة إلى الأركان العامة والتي تدفع بالواهب إلى التأني والتفكير الطويل قبل إبرامها كالرسمية والحيازة.

والهبة قد ترد على كل ما هو مشروع وصالح للتداول بين الناس فقد تكون إما منقول كسيارة أو نقود أو ذهب وقد تكون عقارات كالمنازل والأراضي وغيرها, وسنسلط الضوء في بحثنا هذا على الهبة في العقار

وقد اخترنا هذا الموضوع لحساسيته وللاختلافات الجوهرية التي تميزه عن باقي التصرفات الأخرى من خصائص وإجراءات وحتى عن الهبات الأخرى ولنبين كذلك ماهية هذا التصرف وأحكامه وطبيعته القانونية

أهداف البحث :

وما دفعنا إلى دراسة الهبة في العقار هو ما لهذا العقد من أهمية بالغة في العلاقات والروابط الإنسانية ونشر المحبة والود بين أفراد المجتمع الواحد فهي مظهر من مظاهر حب الإنسان لأخيه الإنسان ومثال الإيثار وكذا لتشعب هذا العقد وانتشاره بين الناس ما أدى إلى حدوث نزاعات وإشكالات كثيرة سواء أثناء تحريرها أو كيفية الرجوع فيها

كما أن نقل الملكية العقارية يعتبر من أهم المواضيع القانونية التي تستوجب الوقوف عندها من طرف الباحثين لأن العقار غالبا ما يكون ذا قيمة مالية باهضة وما يعود به من فائدة كبيرة أو بضرر كبير على المتعاقدين

ونهدف من خلال دراستنا لهذا الموضوع إلى إبراز ما يميز هذا العقد عن باقي العقود سواء من الناحية النظرية أو من الناحية العملية كما نسعى إلى توضيح وإزالة الغموض عن عقد الهبة في العقار وشرحه وتبسيطه حتى يكون سندا ومساعدا للعاملين في مجال التوثيق أو بالنسبة

للباحثين في هذا للمجال .

ونهدف كذلك من خلال هذه الدراسة إلى إبراز أهمية الجانب الإجرائي لعقد الهبة في العقار كالرسمية والتسجيل والشهر وما قد يترتب على الإخلال بها .

الدراسات السابقة :

وبالعودة إلى الدراسات التي سبقتنا في هذا الموضوع (الهبة في العقار) نجدها قليلة وتكاد تنعدم ما يدفعنا للرجوع إلى الكتب والبحوث المتعلقة بالهبة بصفة عامة ككتاب الأستاذ عبد الرزاق السنهوري (باقي العقود الواردة على الملكية) وكتاب المستشار أنور طلبة (المطول في شرح القانون المدني) وكتاب الأستاذ حمدي باشا (عقود التبرعات) وغيرها

الصعوبات والعراقيل :

ومن بين الصعوبات التي صادفتنا أثناء دراستنا هذه هو قلة المراجع المتخصصة في الهبة في العقار وندرة المكتبات العامة وصعوبة الحصول على نماذج العقود التوثيقية.

وفيما يتعلق بالمنهج المتبع فقد اتبعنا المنهج التحليلي بالدرجة الأولى وذلك بعرض النصوص وتحليلها ومناقشتها بالإضافة إلى المنهج الوصفي وكذا المنهج المقارن .

ويطرح موضوع الهبة في العقار الإشكالية التالية :

مـــــاهي هبة العقار وما هي الأحكام المتعلقة بها ؟

وللإجابة على الإشكالية المطروحة يتوجب علينا طرح تساؤلات فرعية أهمها :

- هل ألم المشرع الجزائري بكل ما يتعلق بالهبة في العقار ؟

- بم يتميز عقد الهبة في العقار عن باقي العقود الأخرى ؟

- كيف يتم الرجوع في الهبة في العقار وما هي الآثار المترتبة عن هذا الرجوع ؟

- ماهي الإجراءات الخاصة بعقد الهبة في العقار ؟

وللإجابة عن هذه التساؤلات قمنا بتقسيم بحثنا إلى فصلين تطرقنا في الفصل الأول إلى ماهية الهبة في

العقار بإعطاء تعريف لها مع تبيان خصائصها (المبحث الأول) وأركانها سواء العامة أو الخاصة (المبحث الثاني)

أما الفصل الثاني فقد تم التطرق فيه إلى الأحكام المتعلقة بعقد الهبة في العقار بإبراز مختلف الإجراءات الواجب إتباعها وما قد يترتب على مخالفتها (المبحث الأول) و الإجراءات العملية للرجوع في الهبة في العقار وما قد يترتب على الإخلال بها (المبحث الثاني)

الفصل الأول

ماهية الهبة في العقار

الفصل الأول :مـــاهية الـهـبـة فــــــي الـعـقـــار

حتـــى يـتـسنـى لنـــا مــــعـــرفة مـاهـيـة الـهـبــة فـــي الـعـــقـــار بـشـكـل واضــــح وجــــب عـلــيـنـا الــتــطــرق لــهــا بـالــتـفـصيـل لــذا فــقـد قـسـمـنـــا هـذا الفصــل إلــى مبـحثين , تكـلمنـا فـي **الـمبـحـث الأول** عـن مـفـهـوم الهبــة فــي العـــقــار أمـا فـي **المــبـحـث الثــانـــي** فـقد تكـلمنا عـن الأركان الـواجب تـوافـرها لـصحـة هـذا العقد .

المبحث الأول : مفهوم الهبة في العقار

سنتطرق في هذا المبحث إلى تحديد مفهوم الهبة في العقار وسنقسمه إلى مطلبين نحدد من خلالهما مفهوم كل عنصر على حدة, فنتحدث في **المطلب الأول** عن تعريف الهبة في العقار في حين سنتطرق في **المطلب الثاني** إلى الأركان التي تحكم هذا العقد

المطلب الأول : تعريف الهبة في العقار

في هذا المطلب وكما سبق الذكر سنحاول إعطاء تعريف شامل للهبة سواء من الناحية اللغوية أو من الناحية الشرعية كما سنحاول عرض تعريفات بعض الفقهاء من المذاهب الأربعة مما نراه تعريفا شاملا جامعا للهبة كما سنبين من خلاله التعريف القانوني للهبة (الفرع الأول) ثم سنتطرق إلى تعريف الملكية العقارية باعتبارها شرط لصحة هذا النوع من العقود (الفرع الثاني)

الفرع الأول : تعريف الهبة

أولا : تعريف الهبة لغة

جاء في لسان العرب الهبة : العطية الخالية من الأعواض والأغراض، فإذا كثرت سمي

صاحبها وهابا ووهبتُ له هبة وموهوبة ووهْباً أي أعطيته ومنحته . ووَهَبَ يَهِبُ بمعنى مر وتسمى الهبة هبة لمرورها من يد لأخرى (1)

و الهبة في اللغة هي التبرع والتفضيل على الغير ولو بغير مال أي بما ينتفع به مطلقا سواء كان مال أو غير مال(2)

واتَهَبَ : قَبِلَ الهِبَة واتَهَبْتُ منك درهماً, والاتِهَابُ : قبول الهبة وفي الحديث " **لَقَدْ هَمَمْتُ أَنْ لاَ أَتَهِبَ إلاَ مِنْ قُرَشِيٍ أوْ أَنصَارِي أوْ ثَقَفِي** " (3) أي لا أقبل هبة إلا من هؤلاء ، لأنهم أصحاب مدن وقرى ، وهم أعرف بمكارم الأخلاق (4)

والهبة قد تكون مالا وقد تكون غير ذلك ومن ذلك قوله عز من قائل " ***إِنَّمَا أَنَا رَسُولُ رَبِّكِ لِأَهَبَ لَكِ غُلاماً زَكِيّاً*** " (5)

ثانيا : تعريف الهبة في الشريعة الإسلامية

لقد تطرق الدين الإسلامي إلى الهبة وحدد مفهومها كما أن الرسول – صلى الله عليه وسلم – قد دعا إلى أن يتهادى الناس وذلك لتقوية العلاقات والروابط فيما بينهم ويظهر ذلك من خلال

---

(1) – أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم (ابن منظور) , لسان العرب, دار صادر بيروت لبنان , سنة 2003 ص**804**.

(2)– محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني الجديد, العقود المسماة، الجزء الخامس 1952 ص 11.

(3)– أبي بكر عبد الرزاق بن همام , المصنف , المكتب الإسلامي , سنة 1983 ص 106.

(4) – أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم (ابن منظور) المرجع نفسه , الصفحة نفسها.

(5)– سورة مريم الأية (19) .

عدة أحاديث نذكر منها قوله صلى الله عليه وسلم " **تَهَادُوا تَحَابُوا** "[1]

وعلى نهج رسول الله صلى الله عليه وسلم اهتم فقهاء الشريعة بالهبة وأعطوا لها تعاريف مختلفة ولكنها متقاربة وتصب في معنى واحد فيعرفها بعض فقهاء المالكية و منهم بن عرفة على أنها " تمليك ذي منفعة لوجه المعطي بغير عوض " [2] ونستنتج من هذا التعريف أن الهبة هي نقل ملكية الشيء من يد إلى أخرى على أن تكون بلا عوض كما عرفها آخرون أيضا بقولهم " الهبة تمليك بلا عوض ولثواب الآخرة صدقة " أي أنها تمليك ذات العين الموهوبة دون عوض أما إن كان تمليكها قصد ثواب الآخرة فهي صدقة , أما تمليك المنفعة ففي العارية والوقف [3] فبالرغم من أنها تكون بلا عوض مالي فأيضاً لا يجب أن يكون مع الهبة قصد للحصول على عوض أخروي وإلا انتقلت من هبة إلى صدقة .

ويعرفها بعض فقهاء المذهب الحنفي على أنها "تمليك في الحياة بلا عوض " [4] أي أن نقل الشيء الموهوب يجب أن يكون وقت حياة الواهب وفي الحال فإذا كانت الهبة تمليك الشيء لما بعد الوفاة أخذت حكم الوصية. وهو ما أخذت به المحكمة العليا ملف **186058** الصادر بتاريخ **1998/03/17** بقولها من المقرر قانونا أن الهبة بعد الموت تكون باطلة لأنها لا تنفذ إلا بموت الواهب تأخذ حكم الوصية " [5]

---

(1)–حديث تم تخريجه , أنظر ص –أ–

(2)– علي أبي الحسن التسولي , البهجة في شرح التحفة , دار الكتب العلمية , بيروت لبنان الطبعة الأولى 1998 ص 393.

(3)– نورة منصوري , هبة العقار في التشريع الجزائري , دار الهدى , عين مليلة الجزائر , 2010 ص 13.

(4)– الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند , الفتاوى الهندية على مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان , دار الفكر بيروت لبنان، سنة 1991 ص 374.

(5)– يوسف دلاندة , قانون الأسرة مدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا في مادتي الأحوال الشخصية و المواريث , دار هومة , الجزائر 2104 ص 288.

ويعرفها بعض فقهاء المذهب الشافعي بأنها "تمليك العين بلا عوض في حال الحياة تطوعا " (1)

أما الحنابلة فقد عرفوها على أنها " تمليك في الحياة بلا عوض " وقال بن قدامة " الهبة والصدقة والعطية معانيها متقاربة وكلها تمليك في الحياة بغير عوض , واسم العطية شامل لجميعها , وكذلك الهبة والصدقة والهدية متغايران , فإن النبي صلى الله عليه وسلم كان يأكل الهدية ولا يأكل الصدقة , وقال في اللحم الذي تصدق به على بريرة " هو عليها صدقة و لنا هدية " فالظاهر أن من أعطى شيئا يتقرب به إلى الله تعالى للمحتاج فهو صدقة , ومن دفع إلى إنسان شيئا للتقرب إليه والمحبة له فهو هدية , وجميع ذلك مندوب ومحثوث عليه فإن النبي صلى الله عليه و سلم قال " تَهَادُوا تَحَابُوا " (2)

كما عرفها آخرون على أنها " التبرع بتمليك من جائز التصرف ماله , المعلوم الموجود في حياة

غيره .

فالهبة يجب أن تكون من مال حلال شرعا لا أن تكون من حرام وممنوع كما يشترط أن يكون المال ملكا للواهب وله حرية التصرف فيه ففاقد الشيء لا يعطيه

من هذه التعريفات نجد أن جميع تعريفات فقهاء الشريعة الإسلامية على اختلاف مذاهبهم تصب في معنى واحد ومنه يمكن القول بأن الهبة هي تمليك المملوك بدون أي مقابل في حياة الواهب

---

(1)–زكريا بن محمد الأنصاري ,فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب , دار الكتب العلمية، طبعة 1997 ص 446.

(2)– موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة , المغني , دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان, الطبعة: الأولى , سنة 1985 ص 397.

ثالثا : تعريف الهبة في القانون

تنص المادة **202** من قانون الأسرة الجزائري على أن " *الهبة تمليك بلا عوض* ".

من هذه المادة يمكن القول بأن المشرع الجزائري قد أعطى للهبة المفهوم العام مما لا يتعارض مع ما أورده فقهاء الشريعة ولكن ما يتبادر في ذهن القارئ للوهلة الأولى بأن المشرع في هذه المادة قد اعتبر الهبة من التصرفات و ليست من العقود ولكن وبالرجوع للمادة **206** من قانون الأسرة التي تنص على " *تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول, وتتم الحيازة , ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات وإذا اختلت أحد القيود السابقة بطلت الهبة* " نجد بأن الهبة في القانون الجزائري هي عقد كباقي العقود الأخرى ويشترط فيها الإيجاب والقبول قيد حياة كل من طرفي العقد مع وجوب مراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات

كما أن المادة **205** من القانون نفسه تنص على أنه " *يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزءا منها عينا, أو منفعة, أو دينا لدى الغير* "

أي أن للمالك الحرية في أن يهب ما يشاء من ماله سواء كله أو جزء منه في حياته وهذا ما يترتب عليه إغناء للموهوب له وافتقار في ذمة الواهب . [1]

ويمكن القول أيضا أن الهبة هي عقد بمقتضاه يملكُ شخص آخر مالا دون عوض، ويجوز للواهب دون أن يتجرد عن نية التبرع، أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام

ويعرفها المشرع الأردني في المادة 557 –1 على أنها "الهبة تمليك مال او حق مالي لاخر

---

(1)– نورة منصوري , هبة العقار في التشريع الجزائري , المرجع السابق ص 16

حال حياة المالك دون عوض. [1]

أما في القانون السوري فتعرفها المادة **454** على أنها "*عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في مال له دون عوض, ولكن يجوز للواهب دون أن يتجرد من نية التبرع, أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين* "[2]

ويعرفها المشرع اللبناني في المادة **504** من قانون الموجبات والعقود اللبناني بقوله " *الهبة تصرف بين الأحياء , بمقتضاها يتبرع المرء لشخص آخر بكل أمواله أو بعضها بلا مقابل* "[3]

أما في القانون العثماني وفي مجلة الأحكام العدلية في المادة **833** منه عرف الهبة " هي تمليك مال لآخر بلا عوض و يقال لفاعله واهب و للمال موهوب , و لمن قبلها موهوب له والاتهاب وبمعنى قبل الهبة أيضا " [4] .

ومن جانب آخر يعرفها المشرع المصري في القانون المدني في المادة **486** بقوله" *الهبة عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في مال له بدون عوض , و يجوز للواهب دون أن يتجرد من نية التبرع أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام* " [5]

ونلاحظ أن القانون المدني المصري الجديد استمد الأحكام الموضوعية للهبة من الشريعة الإسلامية, وبخاصة من كتاب الأحول الشرعية في الأحكام الشخصية لمحمد قدري باشا الذي

---

(1) – القانون رقم 43 /1976 المتضمن القانون المدني الأردني.

(2)– القانون المدني.السوري , الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 84 تاريخ 1949/5/18.

(3) – قانون صادر في 9 مارس 1932 المتضمن قانون الموجبات و العقود اللبناني.

(4)–مجلة الأحكام العدلية 2013 , موقع مكتبة القانون .(**http://laws-library.blogspot.com/2013/01/blog-post_76.html#.VzskczWLTIU**) (أطلع عليه في 05/17/ 2016على الساعة 15:16).

(5)– القانون رقم 131 لسنة 1948 بإصدار القانون المدني المصري.

فنن في هذه الأحكام [1]

ويعرفها أنور طلبة رئيس محكمة الاستئناف المصرية على أنها عقد لا يتم بإرادة الواهب وحده إذا لا بد فيه من إيجاب وقبول متطابقتين وأن يكون بين الأحياء, فالهبة إلى ما بعد الموت باطلة إلا إذا ثبتت الملكية في الحال وأرجئ التسليم إلى ما بعد الموت, وإن بطلت كهبة صحة كوصية , وإن كانت الهبة تدخل في عقود التبرع إلا أنها تختص في أن الواهب يعطي مالا , فيكون تبرعا لا هبة الالتزام بعمل أو الامتناع عن عمل أو الوديعة بغير أجر .

ويجب أن تكون بدون عوض ولا يمنع ذلك أن تكون من الهبات المتبادلة وينطبق ذلك على الهدايا المتبادلة في الأعراس والمناسبات كالأفراح وأعياد الميلاد ولا يجوز للواهب طلب ردها من الموهوب له , وللموهوب له حق ردها بمثلها أو أقل منها في ظروف كالظروف الذي أخذها فيها ويكون ذلك بالتراضي لا بحكم القاضي . [2]

الفرع الثاني : تعريف الملكية العقارية

لتعريف الملكية العقارية وجب علينا أولا أن نعرف العقار في التشريع الجزائري وهو ما تترتب عليه الملكية العقارية فالبرجوع للقانون المدني و إلى المادة **683** منه نجده يعرف العقار بقوله *"كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه ولا يمكن له نقله دون تلف فهو عقار وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول غير أن المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه رصدا لخدمة هذا العقار*

---

(1)- محمد بن أحمد تقية , دراسة عن الهبة في قانون الإسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الديوان الوطني للأشغال التربوية الطبعة الأولى 2003 ص 19.

(2)-أنور طلبة , المطول في شرح القانون المدني , المكتب الجامعي الحديث , الأزاريطة , الإسكندرية , الطبعة الأولى , 2004, الجزء السابع ص 38 .

أو استغلاله يعتبر عقارا بالتخصيص " [1]

حسب هذه المادة يمكن القول بأن العقار هو الشيء الثابت المستقر في مكانه غير قابل للحركة أو النقل إلى مكان آخر بدون تلف أما غير ذلك فهو منقول والمنقول هو اسم على مسمى أي يمكن نقله من مكان إلى مكان آخر بدون أن يتعرض للتلف .

فالعقار إذا كل محل مادي يتصف بالثبات والاستقرار وهي أهم خاصية يتميز بها العقار عن

المنقول فالثبات والاستقرار ميزتان لصيقتان به سواء كان هذا الثبات من صفات خلقة كالأرض والأشجار أو من صفات صنعه كالبيت والمباني والشركات وغيرها ... [2]

وعلى هذا الأساس لا يعتبر الكنز المدفون في باطن الأرض عقارا , لأنه يمكن نقله من حيزه دون تلف .

أما الملكية العقارية فقد عرفها المشرع الجزائري في المادة **27** من القانون رقم **25/90** بقوله "*الملكية العقارية الخاصة هي حق التمتع والتصرف في المال العقاري و/ أو الحقوق العينية من اجل استعمال الأملاك وفق طبيعتها أو غرضها* " [3]

إذا فالملكية العقارية حسب هذه المادة هي سلطة مباشرة لصاحب العقار الذي يستطيع بموجبها أن يستعمله ويشغله ويتصرف فيه كما يشاء وفق الطبيعة والغرض المخصصة له

---

(1)- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم لجريدة الرسمية عدد 31 مؤرخة في 13 مايو 2007، الصفحة 3.

(2)-نورة منصوري , هبة العقار في التشريع الجزائري ص 21

(3)- القانون رقم 25/90المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 المتضمن التوجيه العقاري .

وهذا ما أكدته المادة **674** من القانون المدني الجزائري بقولها أن "*الملكية هي حق التصرف في الأشياء بشرط أن لا يستعمل استعمال تحرمه القوانين والأنظمة* "

كما تنص المادة **675** من القانون نفسه على أن " *مالك الشيء يملك كل ما يعد من عناصره الجوهرية بحيث لا يمكن فصله عنه دون أن يفسد أو يتلف أو يتغير.*

وتشمل ملكية الأرض ما فوقها وما تحتها إلى الحد المفيد في التمتع بها علوا وعمقا.

ويجوز بمقتضى القانون أو الاتفاق أن تكون ملكية سطح الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقه أو ما تحتها **"**

من خلال تحليل المادتين المذكورتين أعلاه من القانون المدني الجزائري نستنتج بأن الملكية العقارية هي صلاحية الشخص للتصرف بحرية في ملكيته التي هي تحت تصرفه وتابعة للملكية العقارية خاصته أو بصيغة أخرى هي جزء لا يتجزأ من ملكيته العقارية بحيث لا يمكن فصلها دون أن تتلف أو تفسد أو تتغير بحيث تشمل هذه الملكية , ملكية الأرض و ما فوقها كالأشجار و النباتات ما دام متصلا به سواء بالنسبة للنباتات الصغيرة إلى الأشجار الكبيرة ، فجميع النباتات المتأصلة بالأرض تعتبر عقارا بطبيعتها و يكون هذا التصرف بطريقة من الطرق المشروعة شرعا و قانون كالبيع أو الإيجار أو من عقود التبرعات كالوقف والهبة وهو ما يسمى بالملكية الخاصة .

المطلب الثاني :خصائص الهبة في العقار .

بالرجوع لتعريف الهبة وتعريف الملكية العقارية في القانون الجزائري نجد أن الهبة في العقار تتميز بخصائص عن غيرها من التصرفات كما يتميز هذا النوع من العقود عن غيره من العقود المتشابهة والتي تكاد أن تأخذ نفس المعنى . ولمزيد من الإيضاح حول عقد الهبة في العقار سنتطرق لإبراز هذه الخصائص كمايلي :

الفرع الأول : الهبة في العقار عقد كسائر العقود

العقد كما هو معلوم اتفاق إرادتين على إحداث أثر قانوني تلتزمان بأثره .

وباعتبار أن الهبة في العقار من العقود فلا يصح ولا يوجد إلا بوجود أركانه و هي الإيجاب والقبول , إيجاب من طرف الواهب وقبول من طرف الموهوب له , فإن ذلك لا يتصور إلا من أشخاص أحياء ليصدر كل منهما إيجابا وقبولا متطابقتين وهذا ما نصت عليه المادة **206** من قانون الأسرة بقولها "*تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول* " [1]

وبالتالي فالهبة في التشريع الجزائري لا تنعقد بالإرادة المنفردة للواهب وهو نفس ما أخذ به كل الذهب المالكي فالهبة تتم وتلزم بإيجاب الواهب و يستطيع الموهوب له إجبار الواهب على التسليم بمجرد صدور الإيجاب [2] وبما أن الإيجاب والقبول يجب أن يتم في حياة كل من الواهب والموهوب له فهذا يعتبر خطأً
فاصلا بين الهبة وعقد قد يتشابه معها وهو الوصية فالوصية بالرغم من أنها تبرع إلا أنها تختلف عن الهبة في أنها مضاف إلى ما بعد الموت أي أن التصرف الذي تم في حال الحياة

---

(1)- نورة منصوري , الهبة العقار في التشريع الجزائري , المرجع السابق ص 22.

(2)- أنظر, علي أبي الحسن , التحفة في شرح البهجة , المرجع السابق ص 394.

لا يترتب إلا بعد الموت فالإيجاب يكون من طرف الموصي أما قبول الموصى له فيمكن أن يتخلف إلى ما بعد موت الموصي .

وهذا ما جاء في المذكرة الصادرة عن المديرية العامة للأملاك الوطنية بقولها " *... فإنه طبقا للمادة 202 من قانون الأسرة التي عرفت الهبة بأنها تمليك بلا عوض فإن عقد الهبة يؤدي في الأصل إلى نقل حق الملكية أي ملكية الرقبة وحق التمتع* " [1] لذا فعقد الهبة في العقار يجب أن ينقل الملكية في حياة كلا من الواهب والموهوب له مع احترام إجراءات التسجيل والشهر , كما أن المشرع الجزائري لم يجز الهبة التي بموجبها يشترط الواهب بقاء العقار الذي وهبه إلى إحدى ورثته تحت حيازته , إلى ما بعد مماته و اعبر أن مثل هذا التصرف يعد من قبيل الوصية , ولا يأخذ حكم الهبة و هو نفس الاتجاه الذي أيدته المحكمة العليا في القرار رقم " من المقرر قانونا أنه يعتبر وصية و تجري عليه أحكامها , إذا تصرف شخص لأحد ورثته و استثنى لنفسه بطريقة ما حيازة المتصرف فيه والإنتفاع به مدة معينة [2]

وهذا ما قد يقوم به بعض المواطنين عند لجوئهم إلى الموثق فيطلبون إبرام عقد هبة عقار إلا أنهم يشترطون الاحتفاظ بحق الانتفاع طيلة حياتهم خوفا مما قد يعود عليهم هذا التصرف من ضرر, وما قد يعود عليهم من سوء في المستقبل فالواهب له حق وهب كل ممتلاكته فلا يمكن اعتبار هذا التصرف هبة بل وصية .

---

(1)– المذكرة 689, الصادرة عن المديرية العامة للأملاك الوطنية , بتاريخ 1995/02/12 .

(2)– قرار المحكمة العليا رقم 18605 , المجلة القضائية , العدد 1 سنة 1999 ص 191 .

وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا بقولها بأن الهبة لما بعد الموت تكون باطلة وتأخذ حكم الوصية (1)

كما قد يلجأ البعض الآخر لمكاتب التوثيق ويطلب من الموثق إبرام وعد بالهبة وفي هذا الشأن يقول حمدي باشا بأنه يجوز للمتعاقدين اللجوء إلى الموثق لإبرام عقد وعد بالهبة لعدم وجود نص قانوني يمنع ذلك وأدلل على ذلك بالحجج التالية :(2)

-أن رفض تحرير الوعد بالهبة بحجة أنها تتم بصورة فورية يعد موقفا غير سديد كون هذه الخاصية ذكرها الشراح للتدليل بأن الهبة يراد بها إضافة التمليك الفوري و هذا من أجل تمييزها عن الوصية و التي يراد بها إضافة التمليك إلى ما بعد الموت (3)

فضلا على أن العقود الأخرى الناقلة للملكية كالبيع والمبادلة هي الأخرى عقود فورية, لكن هذه الخاصية لا تمنع من إبرام وعود بالتعاقد بشأنها لانعدام نص في قانون الأسرة يشير إلى الوعد بالهبة لا يمنع من تحريرها, إذ في مثل هذه الوضعيات يجب الرجوع إلى القواعد العامة الواردة في القانون المدني باعتباره الشريعة العامة وبالضبط إلى أحكام المادتين 71-72 منه اللتان على مبدأ الوعد بالتعاقد .

وفي ذات السياق يقول أنور طلبة رئيس محكمة النقض المصرية بأن عقد الوعد بالهبة هو عقد كامل لا مجرد إيجاب و يلزم أن يكون بورقة رسمية وإلا كان باطلا ويبين فيه المسائل

---

(1)- قرار رقم 229397, المجلة القضائية , العدد الأول سنة 1990 ص 11.

(2)- عمر حمدي باشا , القضاء العقاري , دار هومة, الجزائر 2002 ص 195.

(3)- عمر حمدي باشا , نقل الملكية العقارية , دار هومة, الجزائر 2004 ص 143.

الجوهرية لعقد الهبة المراد إبرامه كالمال الموعود بهبته بيانا كافيا ولا يشترط أن يكون موجودا وقت الوعد وإنما وقت ظهور رغبة الموعود له في إبرام الهبة وإلا كانت باطلة (1)

وهذا ما أكدته المادة **490** من القانون المدني المصري بقولها "*الوعد بالهبة لا ينعقد إلا إذا كان بورقة رسمية* "

إلا أن القانون المدني الجزائري لم ينص صراحة على الوعد بالهبة ما يحتم علينا الرجوع للقواعد العامة التي تنظم هذا النوع من العقود حيث أن أغلب الموثقين يرفضون تحرير عقد وعد بالهبة بحجة أن نقل الملكية يكون في الحال في حين لا يوجد نص قانون يمنعهم من تحريره ولا يتحملون أي مسؤولية جزائية بتحريرهم لعقد الوعد بالهبة .

مما سبق يمكن القول بأن الهبة في العقار هي عقد من العقود التي يجب أن يتوفر فيه إيجاب وقبول الطرفين في حياتهما وتكون فيه نقل الملكية في الحال وهذا ما أشار إليه المشرع الجزائري من خلال المادتين **202** و **206** من قانون الأسرة . كما يمكن إبرام وعد بالهبة لدى الموثق وهذا بالرجوع للقواعد العامة في القانون المدني ولا يوجد ما يمنع الموثق من ذلك .

الفرع الثـاني : الهبة في العقار من عقود التبرعات

إلى جانب أن الهبة في العقار تعتبر عقد هناك مقوم آخر يعتبر من المقومات الأساسية لقيامه وهي نية التبرع فيجب أن تكون نية التبرع خالصة لا يقصد الواهب من ورائها ثوابا في الآخرة ولا أجرا في الدنيا فإذا أراد الواهب بهبته بلوغ غاية أو منفعة معينة كالوفاء بدين فإن النية في التبرع تنتفي في هذه الحالة . فإن انتفت النية انتفت الهبة معها , فنية التبرع مسألة نفسية

---

(1)- أنور طلبة , المرجع السابق ص 100.

ويمكن معرفتها من خلال الدلائل والقرائن التي تقترن بها عن طريق المحكمة .

ولتمام نية التبرع يجب أن تتوفر على عنصر أساسي وهو العنصر النفسي وهو نية التبرع من جانب المتبرع وقبول التبرع من جانب المتبرع له , ويكتفي البعض بنية التبرع من جانب المتبرع على أساس أن دور المتبرع له دور ثانوي سلبي بينما تلعب إرادة المتبرع الدور الرئيسي , إذا فالعنصر النفسي هو أساس التصرف وقيامه , أما العنصر الموضوعي هو المظهر المادي لفكرة التبرع , ولا يختلف العنصر القصدي من نوع إلى آخر من أنواع التصرفات التبرعية , لأنه يعبر عن الطابع المشترك فيها جميعا وهي فكرة التبرع (1)

وعلى هذا الأساس فالتصرفات لا تعد هبة في الأحوال الآتية :

-إذا كان الغرض من إبرام الهبة الوفاء بدين مدني أو طبيعي.

-إذا كان القصد من التصرف الحصول على منفعة أي كان نوعها أو كانت صورتها, سواء كانت هذه المنفعة مادية أو أدبية .

-إذا كان القصد من الهبة مجازاة الموهوب له مثل أن يعطي شخص من يقوم بخدمته مبلغا من المال مكافأة له نظير تفانيه في خدمته وإخلاصه في العمل , فإن ذلك لا يعد هبة لانتفاء نية التبرع وغير ذلك من التصرفات التي يراد بها المجازاة مقابل خدمة ما .

- الأموال التي يتم صرفها كجزء من الأجر وفقا لما جرى به العرف والعمل.(2)

---

(1)-محمد تقية, الهبة في قانون الاسرة و القانون المقارن (أطروحة دكتوراه) جامعة الجزائر , معهد الحقوق و العلوم الإدارية 1996-1997 ص 26

(2)- محمد تقية, المرجع نفسه ص 24 – 25.

فكل هذه التصرفات تكون إما وفاءا بالتزام أو مكافأة عمل التي قصدها التحفيز بحيث تخرج عن نطاق الهبة لانتفاء عنصر التبرع فيها

والقصد في التبرع هو ما يدور في نفس المتبرع وقت التبرع وهو التضحية لصالح الموهوب له دون أن يكون له منفعة ما, أما لو جنا فيما بعد منفعة ما كأن يعطي شخص لشخص هدية ما في مناسبة أو عيد معين ثم قام الموهوب له بإهداء هدية لنفس الشخص في مناسبة أخرى فهذا يدخل تحت باب الهبات المتبادلة على أن يكون هذا بالتراضي لا أن ينوي المتبرع الحصول على منفعة في وقت لاحق [1] كما هو الحال لمن يوزع إعلانات عن فتح مطعم أو مركز تجاري أو من يوزع نماذج لتصاميمه قصد جلب الزبائن .

كما أن بعض التصرفات ولو لم تعد بفائدة أو منفعة على صاحبها إلا أنها لا تعتبر هبة كمن يمنح لابنه قطعة أرضية لكي يبني فيها محلا تجاريا فهذا التصرف من طرف الأب لا يعد هبة بل هو التزام طبيعي من طرفه وتنتفي النية التبرعية إذا تبعها قصد أدبي كمن يمنح قطعة أرضية أو مبني لصالح الأطفال اليتامى أو العائلات المعوزة قصد تسمية ذلك المركز باسمه[2]

ولأهمية هذا العنصر في الهبة نجد أن بعض الفقهاء قد اعتبروا نية التبرع هي العنصر الرئيسي والوحيد في الهبة واعتبروا العنصر المادي للتبرع ما هو إلا وسيلة لتحقيق الغاية النفسية, فيما ذهب البعض الآخر إلى وجوب توافر كلا العنصرين المادي والمعنوي لقيامها .

---

(1)– أنور طلبة , المرجع السابق ص 38.

(2) – فريدة هلال , الهبة في ضوء القانون و القضاء الجزائري , (رسالة ماجيستير) , فرع العقود و المسؤولية , جامعة الجزائر – 1 – كلية الحقوق 2010 – 2011 ص 18–19.

الفرع الثالث : الهبة في العقار تصرف بلا عوض

تنص المادة 202 من قانون الأسرة الجزائري " *الهبة تمليك بلا عوض .*

ويجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف على إنجاز الشرط "

من خلال تحليل هذه المادة يمكن القول بأن الهبة هي افتقار في ذمة الواهب لصالح الموهوب له وذلك أنها تكون بدون مقابل على عكس التصرفات الأخرى التي قد تعود بالنفع لصالح المتصرف كالبيع والمقايضة والإيجار. بينما الواهب في الهبة يلتزم بنقل كل ممتلكاته أو بعض منها لصالح الموهوب له بدون عوض وقد تشترك الهبة مع بعض التصرفات الأخرى في التبرع إلا أنها تختص بنقل العقار الموهوب بدون أي عوض كما أن الملكية العقارية ليست شرطا أن تكون ملكية رقبة وانتفاع معاً فقد تنصب على حق الانتفاع دون حق الرقبة وهذا ما قال به عبد الرزاق السنهوري بأنه يجوز أن يكون الموهوب حق انتفاع أو استعمال أو حق سكني أو غير ذلك من الحقوق المتفرعة عن الملكية وتختلف عن العارية في أنها تمليك العين والمنفعة معا إلا أن تمليك حق الرقبة دون حق الانتفاع هو أمر مستبعد تماما فطبيعة الهبة حسب قانون الأسرة الجزائري و حسب الشريعة الإسلامية تكون بلا عوض كما سبق الذكر.

و تجد الإشارة هنا إلى أن عقد الهبة في العقار قد يبرم في شكل عقد بيع ويذكر في العقد ثمن صوري أمام الموثق أو ما يسمى بالهبة المستترة .

إلا أنه يجوز الطعن في صورية الهبة المستترة في صورية عقد بيع, و هو ما أخذت به المحكمة العليا بقولها : "*يجوز الطعن في صورية العقد وإثباها بجميع الطرق لأن قاعدة عدم جواز إثبات عكس العقد الرسمي إلا بالعقد الرسمي لا تنطبق إلا على طرفي العقد* " (1)

---

(1)– قرار رقم 247879 المجلة القضائية العدد 2 لسنة 2003 ص243.

و بالرجوع لنص المادة 488 من القانون المدني المصري فهي تجيز صراحة إبرام عقد الهبة تحت ستار آخر بشرط أن تستوفي كامل الشروط التي يتضمنها العقد الذي وقعت تحته وكان في الظاهر جامعا لجميع أركانه. (1)

ومن الملاحظ أن الهبة بالرغم من أنها تمليك بلا عوض إلا أنها قد تتستر تحت نوع آخر من العقود كعقد البيع مع ذكر مبلغ البيع إلا أن الواهب لا يستفيد شيئا من هذا العقد ويعتبر هبة كما يمكن للغير أن يطعن في هذا العقد متى توفر على ما يدعم ادعاءه.

و بالعودة للمادة **202** في قانون الاسرة الجزائري وفي الفقرة الثانية بالتحديد نجد أن هناك نوعا أخر من الهبات بقولها " *و يجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف*

على إنجاز الشرط , كما أن عقد الهبة في العقار قد يقترن بشرط يشترطه الواهب على الموهوب له لوقوعه دون أن يتجرد من نية التبرع بحيث إن أخل الموهوب له بهذا الالتزام كان للواهب أن يفسخ العقد ولا تنطبق عليه أحكام وشروط الرجوع في الهبة لأننا في هذه الحالة بصدد فسخ لا رجوع , كما أن حق الفسخ قد ينتقل إلى الخلف العام للواهب أو من تقرر الالتزام لمصلحته , كأن يهب الأب عقارا لابنه ويشترط عليه أن ينفق من ريعه على إخوته أو على أمه , فيكون للأب ومن بعده من تقرر الشرط لمصلحته أن يطلب فسخ الهبة إذا أخل الموهوب له بما التزم به من نفقة (2) أو كأن يمنح الواهب منزلا للموهوب ويشترط عليه في المقابل أن يسكن فيه معه أحد أقاربه بحيث بإمكان الواهب أن يشترط على الموهوب له أي التزام يريد بشرط أن لا يخالف هذا الالتزام

---

(1)–المادة 488 من القانون المدني المصري : تكون الهبة بورقة رسمية ، وإلا وقعت باطلة ما لم تتم تحت ستار عقد آخر.

(2)– أنور طلبة, المرجع السابق 40.

القانون والآداب العامة, وهذا ما أكدته المحكمة العليا ملف رقم **197336** قرار بتاريخ **1998/06/16** بقولها "*مِن المقرر قانونا أنه يجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف تمام الهبة على إنجاز هذا الشرط* "*و متى تبين – في قضية الحال – أن عقد الهبة لا يتضمن أي شرط للعناية بالواهبة أو أي التزام نحوها من طرف الطاعن فإن القضاة بقضائهم بإلغاء عقد الهبة عرضوا قرارهم لانعدام الأساس القانوني و متى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه* (1)

كما ذكرنا فالهبة بالرغم من أنها تكون بغير عوض إلا أنه بالإمكان أن يتخللها بعض الاستثناءات كأن يقوم الواهب والموهوب بإبرام عقد الهبة في شكل عقد تتستر به كعقد البيع مع ذكر المبلغ مع أن الواهب لن يأخذ شيئا منه وهذا النوع من العقود لم ينص عليه المشرع الجزائري صراحة وبإمكان أي من له مصلحة بالطعن فيه بعكس المشرع المصري الذي أقر به في المادة 488 من القانون المدني المصري ,كما قد تقترن الهبة بشرط وهذا ما أجازته معظم القوانين العربية وكذا المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة **202** من قانون الأسرة.

الفرع الرابع : عقد هبة ينصب على عقار .

ففي هذه الحالة يلتزم الواهب بنقل ملكية العقار إلى الموهوب له أو الحقوق المتعلقة به ويقول الأستاذ عبد الرزاق السنهوري في هذا الشأن " ليس من الضروري أن يكون الحق الموهوب هو حق ملكية في (العقار) أو المنقول , بل يجوز أن يكون الحق الموهوب هو حق انتفاع أو حق استعمال أو حق سكنى أو حق حكر أو حق ارتفاق أو غير ذلك من الحقوق العينية الأصلية

---

(1)-يوسف دلاندة , قانون الأسرة , دار هومة , الجزائر 2014 ص 280.

المتفرعة عن الملكية [1]

ومَعنى هذا أن الهبة في العقار قد لا تكون نقلا للملكية العقارية فحسب وإنما قد ترد على الحقوق الأصلية المتعلقة بالملكية كحق السكنى وحق الانتفاع أو الاستعمال

---

(1)– عبد الرزاق أحمد السنهوري , الوسيط في شرح القانون المدني , العقود التي تقع على الملكية الهبة و الشركة و القرض و الدخل الدائم و الصلح , دار إحياء التراث العربي , لبنان , الجزء الخامس ص 10.

المبحث الثاني :أركان عقد الهبة في العقار

إن أي نوع من العقود يجب أن تتوفر فيه مجموعة من الأركان وذلك ليكون صحيحا وهي الرضا والمحل والسبب وهذا بالرجوع للأركان العامة الواردة في القانون المدني وقد تشترط أركانا أخرى وهي الرسمية في العقود إلا أن عقد الهبة في العقار بالإضافة إلى الأركان سابقة الذكر فإنه يشترط ركنا آخر ينفرد به عن باقي العقود , بالإضافة إلى باقي الأركان المذكورة سلفا وهو ركن الحيازة و لهذا , قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين , نذكر في المطلب الأول الأركان العامة للعقد أما في المطلب الثاني فنتحدث عن الأركان الخاصة بعقد الهبة في العقار .

المطلب الأول : الأركان العامة لصحة عقد الهبة في العقار

الفرع الأول : التراضي في عقد الهبة في العقار

بالرجوع لنص المادة **59** من القانون المدني نجدها تنص على " *يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير على إرادتهما المتطابقتين, دون الإخلال بالنصوص القانونية* "

توافق الإرادتين أو التراضي هو اقتران الإيجاب بقبول مطابق له , ذلك أنه يلزم لقيام العقد وفقا للمادة 59 من القانون المدني أن يصدر تعبير عن إرادة شخص وهو الإيجاب (L’offre)

الذي يتضمن عرضاً منه, وأن يصدر تعبير يقابله عن إرادة شخص آخر وهو القبول (L’acceptation) الذي يأتــي مطابقا للإيجاب وأن يقترن هذان التعبيران أو هاتان الإرادتان (1)

---

(1)– العربي بلحاج, النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري , ديوان المطبوعات الجامعية , الجزء الأول , الطبعة الرابعة , سنة 2004 ص 67 .

والمقصود بالإرادة هنا، هي الإرادة التي تتجه إلى إحداث أثر قانوني معين، وهو إنشاء الالتزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه ونستدل هنا بقوله تعالى " **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ** " (1) فهذه الآية تدل على وجوب التراضي في الأموال والابتعاد عن أخذ أموال الناس بالباطل مما قد يشوب الإرادة من عيوب كالإكراه والتدليس وغيرها وهذا ما سنتطرق إليه لاحقا .

ويُعَدّ التراضي ركن العقد الأساسي. فإذا فقد لم ينعقد العقد فيجب أن يكون إيجاب وقبول كل من الواهب والموهوب له خاليا من كل العيوب بحيث يكون لكل منها الحرية الكاملة في التعبير عن إرادتهما , فإذا تم تطابق هاتين الإرادتين على هذا الشكل تم التراضي , ولم يبقى إلا إفراغ هاتين الإرادتين في الشكل الذي يوجبه القانون وإنهاء عملية التسليم والقبض ويتم عقد الهبة بصفة نهائية على حسب ما تقتضيه المادة **206** من قانون الأسرة (2)

كما نظم المشرع الجزائري في القانون المدني من خلال المادة **60** على أن التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو الكتابة أو الإشارة المتداولة عرفا كما قد يكون باتخاذ موقف لا يدع الشك في مدلوله على قصد صاحبه حيث أن التعبير يجب أن يكون بشكل واضح ومفهوم بين الطرفين فالتعبير باللفظ يكون باللغة المعروفة والمفهومة لكلا الطرفين, و منه نستنتج أنه يمكن أن يكون التعبير بالإشارة المتداولة عرفا عند الناس عامة وعند الطرفين خاصة مما لا يدعو منه مجالا للشك في التعبير عن الإرادة كما أن الموثقين في هذا النوع من التعبير عن الإرادة قد يستعينون

بخبير في لغة الإشارات وذلك كاجتهاد منهم لتحري مدى تطابق الإرادة لكلا الطرفين, كما أن الكتابة قد تكون وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة على أن تكون كذلك مفهومة لكلا الطرفين

(1)– سورة النساء., *الاية* (29) .

(2)– نورة منصوري, المرجع السابق ص 30 .

كما نجد في نفس المادة وفي الفقرة الثانية منها بالتحديد على أنها تنص أن بالإمكان أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنا كما هو الحال بالنسبة لعقد الإيجار عند انتهائه فيبقى المستأجر في العين المؤجر مع علم المؤجر وبالرغم من ذلك لا يعارض فهذا يعتبر تعبيرا ضمنا عن الإرادة إلا أنه لا يمكن أن نتخيل بأن تكون هناك هبة بتعبير ضمني فالهبة من العقود الحساسة والدقيقة بحيث يجب أن تكون واضحة لأن الواهب يتنازل عن جزء من أملاكه إن لم يتنازل عنها كلها كما أن عقد الهبة إن تم إفراغها في شكل رسمي فإن الرجوع فيها يخضع لشروط صارمة ولا يمكن الرجوع فيها غالبا, أما رأي الشريعة الإسلامية في قضية الإيجاب والقبول فهي تتفق مع ما جاء به المشرع الجزائري في المادة **206** من قانون الأسرة والمادة **59** و **60** من القانون المدني فقال فقهاء المذهب المالكي في هذا الشأن بأن الهبة لا بد من وجود إيجاب وقبول فيها من كلا الطرفين فتجب الهبة حسبهم بالقول من جانب الواهب والقبول من جانب الموهوب له , وهو نفس ما قال به فقهاء المذهب الشافعي أما بالنسبة للمذهب الحنبلي فقد قال ابن قدامة في هذا الشأن " *وتحصل الهبة بما يتعارفه من الإيجاب والقبول والمعطاة المقترنة بما يدل عليها فالإيجاب أن يقول وهبتك أو أهديت إليك والقبول أن يقول قبلت ورضيت أو نحو ذلك"* [1] في حين ذهب أبو حنيفة وصاحباه استحسانا إلى أن القبول ليس بركن في الهبة , وإنما هو لازم لثبوتها حكما لا لوجدها في ذاتها و– حكما– هو نقل الملك إلى الموهوب له, والقياس أن يكون القبول ركنا في الهبة , أي في وجودها لا في ثبوت حكما فقط فلا تتم إلا بالقبول لأنها عقد من عقود التمليكات كالبيع , وهذا قول زفر [2]

إلا أنه وفي بعض الأحيان قد يعتري هذا التطابق في التعبير عن الإرادة مجموعة من العيوب التي قد تحول دون أن يتمكن الطرفان من التعبير بحرية ما يجعل عقد الهبة باطلا أو قابلا للإبطال فلكي يكون التراضي صحيحا يجب توافر مجموعة من الشروط وهذا ما نص عليه

---

(1)– (أنظر) موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة, المرجع السابق ص 4 .

(2)– عبد الرزاق السنهوري , الوسيط في شرح القانون المدني, (باقي العقود ...), المرجع السابق ص 29 .

المشرع الجزائري في القانون المدني في المواد 78 و من 81 إلى 87 وهي أهلية التعاقد و خلو الإرادة من العيوب .

أولا : الأهلية في عقد الهبة في العقار

تنص المادة 78 من القانون المدني على أن "*كل شخص أهل للتعاقد ما لم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون*" يعنى بالأهلية في عقد الهبة عناية خاصة, فيفرق بين أهلية الواهب وأهلية الموهوب له , و يتشدد القانون في أهلية الواهب فيتطلب أهلية كاملة للتبرع باعتبار أنها أقوى من أهلية التصرف , لأن الواهب يقوم بعمل ضار ضررا محضا , وعلى النقيض من ذلك يخفف القانون من أهلية الموهوب له فلا يشترط فيه حتى أهلية التصرف بل يكفي فيه التمييز لأنه يقوم بعمل نافع نفعا محضا (1)

1 / أهلية الواهب : تنص المادة **203** من قانون الأسرة الجزائري "*يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل بالغ تسعة عشرة سنة وغير محجور عليه* "

نميز هنا بين ثلاث حالات للواهب وهي منعدم الأهلية وناقص الأهلية وكامل الأهلية

أ – **الواهب منعدم الأهلية :**

فهذا يضم الجنين والصبي غير المميز والمجنون والمعتوه والمحجور عليه ففي هذا الحالات يكون الشخص غير قادر على مباشرة التصرفات القانونية فالإنسان عندما يكون جنينا في بطن أمه لا تكون له أهلية أداء , إلا أنه يتمتع بأهلية وجوب ناقصة تثبت له حقوقا ولا تحمله أي التزام وتتكامل أهلية الوجوب بالولادة بدون أهلية الأداء (2)

---

(1)– عبد الرزاق السنهوري , الوسيط في شرح القانون المدني (باقي العقود ...) , المرجع السابق ص 91 .

(2)– محمد تقية , الهبة في قانون الأسرة و القانون المقارن , المرجع السابق ص 92

وتنص المادة 42 من القانون المدني على " *لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن, أو عته, أو جنون . يعتبر غَير مميز من لم يبلغ الثَالثَةَ عَشر سنة* "

فَبَعْد ولادة الطفل وحتى سن الثالثة عشر من العمر يظل الصبي غير قادر على مباشرة التصرفات ويسمى صبي غير مميز وتعتبر تصرفاته باطلة ,في حين قرر المشرع المصري في المادة 42 [1] من القانون المدني أن سن التمييز يكتمل ببلوغ سن سبعة سنوات, أما القانون السوري في مادته 47 [2] فقد حددها هو الآخر بسبع سنوات والمشرع الأردني في المادة 44 [3] أما المشرع اللبناني فلم يحدد في قانون العقود و الموجبات سن التمييز بل ترك ذلك لسلطة القاضي .

وبما أن الهبة تعتبر تصرفا ضارا ضررا محضا , فالمطلوب من الموثقين قبل إبرام عقد الهبة أن يتحققوا من أهلية الواهب فيطلبون من الأطراف تقديم شهادات طبية وشهادات تثبت بلوغ السن القانوني لإبرام العقد إلا أنه في حالة وجود مرض عقلي فإن ذلك يجب أن يثبت بشهادة طبية من طرف مختص وهذا ما أخذت به المحكمة العليا في القرار رقم **279529** و المؤرخ في **2002/02/13** بقولها " *يثبت المرض العقلي الذي يبطل التصرف القانوني للهبة بخبرة طبية صادرة عن طبيب مختص وليس بشهادة الشهود* "

كما أن العبرة تكون بحالة الشخص وقت إبرام العقد وهذا ما أكده نص القرار رقم **31833** الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ **1984/10/22** بقوله " *الادعاء بعدم تمتع الواهب بقواه العقلية وقت التصرف , وجوب البت في الدفع بإثباته أو نفيه* "[1]

---

(1)– المادة 42 من القانون المدني المصري " يعتبر غير مميز من لم يبلغ الثالثة عشر سنة .

(2)– المادة 47 من ق . م السوري " وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقد التمييز " .

(3)– المادة 44 من ق . م الأردني " وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقدا للتمييز " .

(4)– يوسف دلاندة , المرجع السابق ص 212 .

كما أنه تصح هبة المحجور عليه, ويثبت الحجر بحكم طبقا لنص المادة 103 من قانون الأسرة وبالتالي فإنه يكون على الموثق التأكد من وجود الحجر من عدمه , دون الاكتفاء بتصريحات الأطراف و ينطبق على الحجر ما ينطبق على الجنون فإذا ما كانت أسباب الحجر ظاهرة و فاشية وقت إبرام العقد فالعقد هنا يكون باطلا كما تكون باطلة بعد صدور الحكم , أما العته فهو عاهة تصيب الشخص فتجعله قليل الفهم مختلط الكلام دون أن يصل إلى الجنون و الآخر ما ينطبق على الجنون و الحجر و عليه فإن تصرفات فاقد الأهلية تعتبر باطلة بطلانا مطلقا و هذا ما أكده المشرع الجزائري في القانون المدني (1)

ب / **الواهب ناقص الأهلية :**

تنص المادة 43 من القانون المدني الجزائري *" كل من بلغ سن التمييز و لم يبلغ سن الرشد و كان سفيها أو ذا غفلة , يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون "*

و يفهم من هذه المادة أهلية من بلغ سن التمييز و لم يبلغ سن الرشد يعتبر ناقص الأهلية و تخضع تصرفاته لما تحويه من نفع أو ضرر أو ما يدور بينهما فإن كان التصرف نافعا له نفعا محضا جاز تصرفه و صح و لو لم يقبل بها وليه فيستطيع قبول الهبات و العقود التبرعية و أما إن كانت تدور بين النفع و الضرر كالبيع و الإيجار و المقايضة فتكون مباشرتها جوازيا متى أقرها وليه و تترك السلطة التقديرية للقاضي في إبطالها في حالة النزاع , أما إن كان التصرف ضارا ضررا محضا و هو ما ينطبق على عقود التبرعات عامة و على الهبة خاصة فتكون هذه التصرفات باطلة بطلانا مطلقا بحيث لا يمكنه التبرع بماله و لا يمكن قبولها , و يلحق بالصبي المميز في هذا الحكم كل من السفيه و هو من يصرف أمواله في غير محلها و في ما لا يقتضيه العقل و الحكمة و الشرع أما ذي الغفلة فهو غير الحذق الذي لا يميز بين

---

(1)– أنظر عمر حمدي باشا ,عقود التبرعات (الهبة– الوصية– الوقف) دار هومة , الجزائر 2004 ص26 .

الربح و الخسارة , فيخسر أمواله لنيته و لا ينتبه لما قد يلحق به من نفع أو ضرر , إلا أن هذان العارضان لا يعتبران جنونا و إنما تنقصان من حذاقة العقل , و بالرغم من أن السفيه و ذا الغفلة قد يكونا راشدين إلا أنهما يلحقان بالصبي المميز في نفاذ التصرفات .

و تجدر الإشارة هنا إلى أن القاعدة العامة في البطلان هي إرجاع المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها إلا أنه في حالة ناقص الأهلية لا يرد للعاقد الآخر إلا مقدار ما عاد عليه هو من منفعة [1]

جـ / الواهب كامل الأهلية :

كامل الأهلية في القانون هو كل شخص بلغ سن الرشد و هو 19 سنة كاملة و لم يحجر عليه لسبب من الأسباب السابق ذكرها و الذي يكون في هذه الحالة حرا في مباشرة تصرفاته وفق ما يمليه القانون و يتحل كامل مسؤولية أفعاله سواء كانت نافعا نفعا محضا أو ضارة ضررا محضا و هذا ما أكدته المادة 40 من القانون المدني بقولها "*كل شخص بلغ سن الرشد متمتع بقواه العقلية و لم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية و سن الرشد 19 سنة كاملة* " و جاء في نص المادة 86 من قانون الأسرة "*من بلغ سن الرشد و لم يحجر عليه يعتبر كامل الأهلية وفقا لأحكام القانون المادة 40 من القانون المدنـي* "

فإذا توفرت في الواهب الشروط المذكورة في المادتين جاز له أن يهب كل ممتلكاته سواء كان ذكر أو أنثى سواء عزباء أو متزوجة لأن هناك بعض القوانين التي تشترط في المرأة المتزوجة أخذ إذن من زوجها حتى تتمكن من التبرع .

إلا أن القانون الجزائري خول للواهب حق التبرع بكل ممتلكاته أو جزء منها إذا توفر فيه العقل و البلوغ و ما لم تشب إرادته عيبا من العيوب و هذا ما أكدته المادة 205 من قانون الأسرة بقولها " *يجوز للواهب أن يهب ممتلكاته كلها أو جزء منها عينا أو منفعة* "

---

(1) – العربي بلحاج, المرجع السابق ص 99 .

كما أن قرار المحكمة العليا الصادر بـ 1988/03/14 رقم 47072 القاضي بأن التدخل في إرادة الواهب يعتبر تجاوزا لحدود صلاحيات القاضي و جاء في منطوق القرار مايلي : " من المقرر شرعا أن التدخل في إرادة الواهب أو المحبس فيما وهبه أو حبسه أو على من وهب أو حبس أو على من حرسه أو على من حرمه من الإرث هو تدخل يتجاوز حدود و صلاحيات القاضي و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون [(1)]

و متى تم ذلك يستوجب احترام إرادة الواهب فيما توجهت إليه إرادته و مادام سنه و عقله يسمحان له بالتصرف فله ذلك على أن يكون وفق ما تسمح به الشريعة الإسلامية و القانون.

2/ أهلية الموهوب له :

أما فيما يخص أهلية الموهوب له , فإن قانون الأسرة لم يحدد الشروط الواجب توافرها للموهوب له وباعتبار أن قبول التبرع من التصرفات النافعة نفعا محضا [(2)] لذا فقد اكتفى بوجود أهلية التمييز عند العقد وعند قبول الهبة, أما بالنسبة لفاقدي الأهلية ففي هذه الحالة ينوب عنهم الأولياء أو الأوصياء لأن من شروط قبول الهبة أن يكون القبول صريحا سالما وهذا تطبيقا لأحكام المادة 81 من قانون الأسرة التي تنص على : " *من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن أو جنون أو عته أو سفه ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم , طبقا لأحكام هذا القانون* " فهم من لهم الحق في النيابة عن فاقدي الأهلية إذا كانت الهبة بدون مقابل , فإذا كانت الهبة بمقابل أو مقترنة بشرط فيجب الحصول على إذن من المحكمة قبل إصدار القبول أما بالنسبة لناقصي الأهلية فلهم الحق في قبول الهبة لأنها نافعة لهم نفعا محضا دون الحاجة للحصول على إذن من الولي أو القيم أو الوصي , كما لا تستوجب إذنا من المحكمة , أما من

(1)– قرار المحكمة العليا رقم 47072 المجلة المجلة القضائية العدد 1 لسنة 1991 .

(2)–أنظر, فريدة هلال, المرجع السابق, ص 29 .

كان بالغا لسن الرشد ولم يحجر عليه فلا غبار عليه بحيث بإمكانه قبول الهبات أو رفضها بكل حرية سواء كانت بشرط أو بدون شرط وهذا ما سبق الإشارة له .

أما بالنسبة للموهوب له الجنين فتصح له الهبة إذا ولد حيا و هذا ما أوضحته المادة 209من قانون الأسرة بقولها " تصح الهبة للجنين بشرط أن يولد حيا " و يكون بذلك المشرع الجزائري نهج نفس منهج المذهب المالكي الذي أجاز الهبة للحمل المستكن, و الملاحظ هنا أن الهبة الصادرة لصالح الجنين لا تنتج أثرا إلا إذا ولد حيا, وقابلا للحياة, بمعنى تتوفر عناصر الحياة في الطفل الذي سيولد حيا بالإضافة إلى هذا فإن الهبة وفقا للمادة 206 من قانون الأسرة تتم بالحيازة و مراعاة أحكام التوثيق في العقارات و الإجراءات الخاصة في المنقولات إذا فقد بقي ركن متخلف في عقد الهبة إلى حين ولادة الجنين حيا , حتى ولو تم التوثيق بالإيجاب , ذلك هو ركن الحيازة , و على ذلك تكون الهبة موقوفة الإنعقاد , و ليس فقط موقوفة النفاذ [1]

أما إذا مات بعد ولاته حيا كان الموهوب لورثته , أما إذا توفي قبل ولادته بقي المال على ملك الواهب [2] وهو ما أخذ به المذهب المالكي [3]

ثانيا : خلو الإرادة من العيوب

و لكي يكون العقد صحيحا يجب أن يكون التراضي سليما خاليا من العيوب التي قد تشوبه وعيوب الرضا في عقد الهبة في العقار هي نفسها في أي عقد آخر وقد نظمها المشرع الجزائري في المواد من 81 إلى 87 من القانون المدني و هي الغلط و التدليس و الإكراه و الاستغلال هذه العيوب قد تمس بالإرادة فتعيبها و عليه يصبح العقد باطلا أو قابلا للإبطال وسنعرج عليها كما يلي :

1/ الغلط في عقد الهبة في العقار :

---

(1)– نورة منصوري, المرجع السابق ص 29 .

(2)–أنظر , عبد الرزاق السنهوري , الوسيط في شرح القانون المدني , (باقي العقود ...)المرجع السابق ص 102 .

(3)–علي أبي الحسن التسولي , المرجع السابق ص 370.

عرف عبد الرزاق السنهوري الغلط على أنه حالة تقوم بالنفس , تحمل على توهم غير واقع و غير الواقع إما أن يكون واقعة غير صحيحة , يتوهم الإنسان صحتها , و إما واقعة صحيحة , يتوهم الإنسان عدم صحتها وهو ما نصت عليه المواد من 81 إلى 85 من القانون المدني الجزائري ويشترط في الغلط الذي يعيب إرادة الواهب و يجعل العقد قابلا للإبطال أن يكون جوهريا و يقع الواهب في غلط جوهري إما في الشيء و إما في شخص الموهوب له و إما في القيمة أو الباعث [1] ومثال الغلط في الشيء الموهوب كأن يهب الواهب عقار على أساس أنه قطعة أرضية ثم يتضح أنها منزل أو كأن يهب الواهب قطعة أرضية على أساس أنها معدة للبناء ثم يتبين بعد ذلك أنها أرض فلاحية و قد يقع على الشخص الموهوب كأن يتبرع أحدهم بعقار لجمعية أو مؤسسة على أساس أن صديقه هو مديرها ثم يتضح بعد ذلك أنه حول إلى مكان آخر كما قد يقع على القيمة كأن يهب الواهب منزلا اتضح فيما بعد أنه تحفة تاريخية [2]كما يمكن أن يقع على الباعث كأن يتبرع الواهب لجمعية إنسانية تعمل لمساعدة مرضى السكري و فيما بعد غيرت نشاطها و أصبح تجاري أكثر منه خيري [3]

ففي هذه الحالات إلا كان الغلط جوهريا أصبح العقد باطلا , على عكس الغلط الذي يقع على الأخطاء الكتابية أو الحسابية ففي هذة الحالة لا يؤثر على صحة العقد بحيث يمكن تصحيحه لا غير.

2 / التدليس في عقد الهبة في العقار: التدليس هو إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد [4]

---

(1)- عمر حمدي باشا عقود التبرعات (الهبة- الوصية - الوقف) ص 28 .

(2)-فريدة هلال المرجع السابق , ص 34 .

(3)-فريدة هلال , المرجع نفسه ص 34 .

(4)-عبد الرزاق أحمد السنهوري, الوسيط في شرح القانون المدني (نظرية الالتزام بوجه عام), دار إحياء التراث العربي , لبنان , الجزء الأول ص 318 .

يستفاد من تعريف الفقهاء للتدليس " أن التدليس هو استعمال حيل و طرق لحمل شخص على إبرام عقد بإيقاعه في غلط يدفعه إلى التعاقد " [1] وعرفه المشرع الجزائري من خلال المادة 86 من القانون المدني على "*يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد و يعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة* "فالتدليس غالبا ما يكون من طرف الموهوب له على الواهب لغرض ما قد يكون حرمان الورثة من حقهم في الميراث , و مثال التدليس أن يكذب الموهوب له عن صحته ليحنن قلب الواهب لكي يهبه مالا كثيرا [2] أو كأن يدعي الفقر و الحرمان و أنه في حاجة ماسة للإنفاق على عائلته قصد الحصول على المساعدة من طرف الواهب , أو غيرها من أساليب الخداع . و قد يكتم الموهوب له أشياء عن الواهب لو علمها هذا الأخير لما كان أبرم العقد و هذا ما جاء في فحوى المادة 86 من القانون المدني

3/الإكراه في عقد الهبة في العقار : نصت عليه المواد 88 و 89 من القانون المدني فتنص المادة 88 منه على *" يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينه بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق .*

و تعتبر الرهبة قائمة على بينة إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطرا جسيما محدقا يهدده هو, أو أحد أقاربه, في النفس, أو الجسم, أو الشرف, أو المال "

من هذه المادة يمكن القول بأن الإكراه هو ما يمارسه الطرف الآخر على المتعاقد فيثير رهبة في نفسه بحيث تدفعه هذه الرهبة إلى إبرام العقد خوفا لا طوعا

و يعرفه عبد الرزاق السنهوري بقوله " الإكراه ضغط تتأثر به إرادة الشخص فيندفع إلى

(1)– محمد تقية, الهبة في قانون الأسرة و القانون المقارن, المرجع السابق ص 114.

(2)– فريدة هلال , المرجع السابق ص 34.

التعاقد , و الذي يفسد الرضا و ليست هي الوسائل المادية التي تستعمل في الإكراه , بل هي الرهبة التي تقع في نفس المتعاقد . (1)

و يتضح هنا أن الإكراه يعيب الإرادة و لكنه لا يعدمها فالمكره في هذه الحالة تكون إرادته موجوده و لكنه يخير بين خيارين أحلاهما مر و ما عليه إلا أن يختار أخف الضررين كمن يخير بين نفسه أو ماله فيتنازل عن ماله حفاظا على نفسه أو من يخير بين أحد من عائلته و بين المال فيختار العائلة و يتنازل عن المال مكرها في حين يمكنه أن يختار ألا يبرم العقد و يضحي بنفسه أو أحد من عائلته هذا ما يدل على أن المكرَه لا تنعدم إرادته بل تُعاب بسبب الخوف و الرهبة الواقعتين عليه ...

أما الإكراه الذي يعدم الإرادة فهو كمن يمسك بيد الواهب بالقوة و يقع بها على العقد , أو كمن يناول شخصا كمية من المخدرات بقصد أن يذهب عقله ليقوم بالتوقيع على العقد أو التنويم المغناطيسي أو غيرها من الأساليب التي لا يكون فيها للشخص أي إرادة أو اختيار

و لتجسد هذا في الهبة نضرب مثال عن الواهب الذي يتنازل عن المكافأة التي منحت لرئيسه في العمل و هذا تحت ضغط التسريح (2)

ويستخلص مما سبق بأن الإكراه لا يعدم الإرادة بل يعيبها و يجعل الرضا فاسدا و قد يعدمها أحيانا و لا يترك للمتعاقد أدنى اختيار كما ذكرنا في الأمثلة السابقة فيجوز إبطال عقد الهبة إذا كان الرهبة هي السبب في التعاقد أما في حالة انعدام الإرادة تماما ففي هذه الحالة يكون العقد باطلا لا قابلا للإبطال

4/ الاستغلال في عقد الهبة في العقار :

نصت عليه المادة 90 من القانون المدني و التي عدلت بموجب القانون 05 – 10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل و المتمم للقانون المدني وأصبح الطيش البين و الهوى الجامح كلمتين

---

(1)–عبد الرزاق السنهوري ,الوسيط في شرح القانون المدني (نظرية الإلتزام بوجه عام) , المرجع السابق ص 334.

(2)– فريدة هلال , المرجع السابق , ص 35

لوصف الاستغلال بحيث يجب أن يكونا واضحين و ظاهرين ليعتبر استغلالا كما أن القانون المصري الجديد قد أخذ بنفس المبدأ في نص المادة 129 [1]و اعتبر هو الآخر أن الاستغلال هو ان يستغل الطرف الآخر طيشاً بيناً أو هوى جامحاً و مثاله أن يقوم زوج مسن بإبرام هبة لزوجته الثانية الشابة أو لأولادها منه , مما يحرم الزوجة الأولى و أبنائها منه , و يتم ذلك تحت تأثير الزوجة على زوجها المسن , و رتب القانون للواهب في هذه الحالة دعويين : دعوى الإبطال و دعوى الإنقاص [2]

و ترفع دعوى الإبطال إذا كان الاستغلال هو السبب الرئيسي لإبرام العقد , أما دعوى الإنقاص فترفع في حال أن الاستغلال لم يفسد إرادة الواهب بل زاد في قيمة الشيء الموهوب

و على القاضي في هذه الحالة أن يكيف و يحكم وفق ما طلب منه

و في كل الأحول و بالرجوع لنص المادة 90 الفقرة الثانية فيجب أن ترفع الدعوى خلال سنة من تاريخ العقد و إلا كانت غير مقبولة .

و من هنا يجدر الاشارة بأن دعوى الإبطال تختلف عن دعوى الرجوع في الهبة فبإمكان الواهب إبطال عقد الهبة في الحالات التي يشوب فيها رضاه عيبا من العيوب المذكورة سالفا حتى و لو لم يكن بإمكانه الرجوع عن الهبة .

الفرع الثاني : المحل في عقد الهبة في العقار

نصت عليه المواد من **92** إلى **95** من القانون المدني

و المحل في عقد الهبة هو الشيء الموهوب وينطبق على المحل في عقد الهبة ما ينطبق على محل العقد بوجه عام و بالعودة للمادة **205** من قانون الأسرة فإنه يجوز لواهب بأن يهب كل

---

(1)–المادة 129 ق.م.مصري :...." لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا ، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد"

(2)–عمر حمدي باشا, عقود التبرعات (الهبة –الوصية–الوقف) المرجع السابق ص.30

ممتلكاته فالمحل في عقد الهبة قد يكون إما منقولا وإما عقارا و قد يكوم العقار أراضي أو بنايات أو غيرها.

ويستخلص من المواد من 92 إلى 95 المتعلقة بالمحل بأن المحل يجب :

* أن يكون المحل موجودا
* أن يكون المحل معينا
* أن يكون المحل مشروعا
* أن يكون المحل مملوكا للواهب

و هذا ما سنتطرق له بالشرح كما يلي :

أولا : أن يكون المحل موجودا : بعبارة أخرى أن يكون الشيء الموهوب وقت إبرام العقد موجوداً , إذ لا يصح أن يكون فيها المحل شيئاً مستقبلاً [1]

و يعرف الأستاذ عبد الرزاق السنهوري الوجود بقوله " و المعنى المقصود بالوجود هو أن يكون الشيء موجودا وقت نشوء الالتزام أو أن يكون ممكن الوجود بعد ذلك " [2] هذا ما ينطبق على الشيء الذي يكون موجودا ثم تعرف للإتلاف أو الهلاك قبل نشوء الالتزام ففي هذه الحالة لا يقوم الالتزام حتى لو كان موجودا قبل ذلك , أما ما يتعرض للإتلاف أو الهلاك بعد نشوء الالتزام فالالتزام في هذه الحالة قد قام بالفعل وقت ما كان المحل موجودا , و قد يقع الالتزام على شيء موجود كما قد يقع على شيء قابل الوجود و هو ما نصت عليه المـــادة 92 من القانون المدني بقولها يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا و محققا و بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري لا نجد ما يمنع هبة المال المستقبل ما يحيلنا للمادة 222 من نفس القانون التي تحيلنا هي الأخرى لأحكام الشريعة الإسلامية و عليه في الهبة فالشيء الموهوب يجب أن يكون موجودا وقت إبرام العقد .

---

(1) – فريدة هلال , المرجع السابق ص 40 .

(2) – عبد الرزاق السنهوري , الوسيط في شرح القانون المدني(مصادر الالتزام بوجه عام), المرجع السابق 376

ثانيا : أن يكون المحل معينا

تعيين محل الالتزام أمر لا بد من توافره , أو هو ما تفرضه طبيعة الأشياء و هذا الشرط واجب توافره في محل الالتزام أيا كانت صورته [1]

فلا بد أن يكون العقار محل الهبة معينا , بحيث ينفي هذا التعيين الجهل بموقع العقار مع تعيين حدوده و مساحته كما بالإمكان الاستعانة بمن له خبرة و ذلك للقيام بمهمة تعيين العقار تعيينا صحيحا و دقيقا , و يجب على مُحرر العقد أن يبرز في عقد الهبة هذه الحدود و المساحة و ذلك لكي يكون لكلا طرفي العقد و خاصة الموهوب له الإحتجاج به في مواجهة الغير حماية لملكيته و بما أن عقد الهبة في العقار يجب أن تخضع للإجراءات الرسمية فالموثق هو من يقوم في هذه الحالة بطلب من الأطراف بتعيين العقار محل الهبة و إلا عين خبيرا و أسند له مهمة تعيين موقع العقار .

إلا أنه و في بعض الأحيان لا يمكن تعيين العقار محل الهبة و لكنه يكون قابلا للتعيين في المستقبل كهبة العقار المشاع بحيث يكون بإمكان كل شريك في الشيوع أن يتصرف في حقه و هبته و بالتالي يمكن للواهب , أن يهب حصته على مال في الشيوع لأحد ورثته مثلا , هنا نعتبرها تنازلا عن حقه له فالبرغم من أن العقار محل الهبة غير معينا و لكنه قابل للتعيين بعد نصيب الوارث من الإرث و هذا من نستنتجه من خلال قراءتنا للمواد 29-23-24 من القانون المدني الجزائري .

ثالثا : أن يكون المحل مشروعا

أي أن يكون محل الهبة مشروعا و غير مخالف للنظام العام و الآداب و العامة فالهبة التي يكون محل التزامها مخالفا للنظام العام و الآداب العامة تكون باطلة و كمن يهب لشخص بناية و يشترط عليه في المقابل أن يخصصها للقمار أو الدعارة .

---

(1) – العربي بلحاج , المرجع السابق ص 144.

كما لا يمكن هبة المال العام لأنه لا يصح التعامل فيه لطبيعته وهي أنه مخصص لخدمة المنفعة العامة فالعقارات المملوكة ملكية خاصة يمكن أن تكون محلا للهبة خلافا للعقارات التابعة للأملاك العمومية والعقارات الموقوفة والموهوبة وذلك لخروج الملكية من يد الواهب وهو ما أقرته المحكمة العليا في القرار رقم **39360** المؤرخ في **13 / 01 / 1986** بقولها " *من المقرر شرعا و قانونا بأنه لا يجوز هبة الأموال المحبوسة لأنها تتنافى مع التأبيد و أحكام الحبس* "

رابعا : أن يكون المحل ملكا للواهب

و هذا ما نستنتجه من مصطلح " **ممتلكاته** " الوارد في المادة 205 من قانون الأسرة الجزائري بقولها كل ممتلكاته أو جزئها هذا ما يدل على وجوب ملكية الواهب للموهوب إلا انه و في بعض الحالات قد يطلب الواهب من الموثق أن يبرم له عقد هبة بشرط الاحتفاظ بحق الانتفاع طيلة حياته فالهبة في هذه الحالة تعد باطلة لأنها تتنافى مع شرط من شروط الهبة وهو الحيازة و الذي سنتطرق له لاحقا .

و عليه فإن الهبة لا يمكن أن تقع إلا على الملكية الخاصة للفرد و ما يمنع أن يتصرف الشخص في ملك غيره وهو ما يسمى بهبة ملك الغير , بالرجوع للشريعة الإسلامية نجد بأن كلا من المذهب المالكي قد منع هبة ملك الغير و قالا ببطلانها إلا برضاه [1]

الفرع الثالث : السبب في عقد الهبة في العقار

السبب وفقا للنظرية التقليدية هو الدافع المباشر الذي يجعل الواهب يقوم بالهبة و هو نية التبرع و هو الركن الأساسي لصحة الهبة

أما السبب بمعناه الحديث : الباعث الدافع للواهب على التبرع بماله بدون مقابل و يجب أن يكون هذا الدافع مشروعا و إلا اعتبرت الهبة باطلة , كأن يكون الدافع هو استدامة العلاقة

(1)- (أنظر) علي أبي الحسن , المرجع السابق ص 386.

غير الشرعية بين الواهب و الموهوب له [1]

في حين أن الهبة التي تهب للخليلة كتعويض عن الضرر الذي لحق بها من جراء العلاقة غير الشرعية و بعد انقطاع العلاقة تعتبر صحيحة لكون أن السبب فيها شريف و مشروع و بالتالي تكون الهبة صحيحة لصحة الباعث عكس الباعث في المثال الأول فهو غير شريف و غير مشروع و بالتالي تكون الهبة باطلة

فالنظرية الحديثة كانت أوسع و أشمل من النظرية التقليدية من حيث السبب و تعمقت أكثر في سبب التبرع

كما أن الهبة قد تقترن بشرط و هذا ما تم الإشارة إليه سابقا و لكن في بعض الأحيان قد يكون هذا الشرط مخالفا للنظام العام و الآداب العامة ففي هذه الحالة نقول بأنه إذا كان الشرط غير المشروع هو سبب الهبة فالهبة في هذه الحالة تكون باطلة , أما إذا لم يكن الشرط هو سبب قيام الواهب بالهبة ففي هذه الحالة يسقط الشرط وتصح الهبة .

---

(1) – نورة منصوري , المرجع السابق ص 24

المطلب الثاني : الأركان الخاصة لصحة عقد الهبة في العقار

بالإضافة إلى الأركان العامة السابقة الذكر فإن عقد الهبة في العقار يجب أن يحتوي على أركان خاصة وذلك لتمام صحته وهذا ما سنبرزه فيما يلي :

الفرع الأول : الرسمية في عقد الهبة في العقار :

نص قانون الأسرة الجزائري في المادة 106 على أن الهبة تتم بالإيجاب و القبول إلا أنه أضاف شرطا من الشروط لصحتها و تمامها ألا و هو شرط الشكلية بقوله في نفس المادة " و مراعاة أحكام التوثيق في العقارات , فتعتبر الشكلية في هذه الحالة بمثابة الحامي للمتعاقدين , فيكون الواهب عالما بخطورة ما يقوم به و بأنه يتبرع من ماله للغير دون أي مقابل , و من جهة أخرى تكون لصالح الموهوب له في مواجهة الغير و لإثبات ملكيته .

و قد اعترض بعض فقهاء القانون على هذه الشكلية في عقد الهبة ولكن يبرر الشكلية في الهبة أنها عقد خطير لا يقع إلا نادرا و لدوافع قوية. و إذا كان البيع يكثر وقوعه في التعامل و هو عقد معاوضة يأخذ البائع فيه مقابلا لما أعطى , فإن الهبة كما قدمنا عقد نادر الوقوع و به يتجرد الواهب من ماله و دون مقابل , فالواهب في حاجة إلى التأمل والتدبر , وتعينه الشكلية على ذلك [1]

وعليه فالهبة في الأصل عقد شكلي وهي من العقود الرضائية تتم بالإيجاب والقبول ويبرر الشكلية في الهبة أنها عقد خطير لا يقع إلا نادرا و له دوافع قوية على عكس عقود المعاوضة التي يأخذ المتصرف فيها مقابلا لما أعطى[2]

والإجراءات الشكلية و ما تتضمنه الورقة الرسمية من تسجيل وقيود ومعلومات مفيدة لورثة الواهب بحيث تمكنهم من الإطلاع على طبيعة تصرف مورثهم حتى يتسنى لهم تبصير

---

(1) – عبد الرزاق أحمد السنهوري , العقود التي تقع على الملكية الهبة و الشركة و القرض و الدخل الدائم و الصلح , المرجع السابق ص 45 .

(2) – أكتم أمين الخولي، العقود المدنية (الصلح، الهبة والوكالة) مطبعة النهضة , مصر ص 111.

المورث والاعتراض إن كان فيه إضرار لهم (1) فالشكلية كما هي نافعة و مفيدة للمتعاقدين فهي أيضا تفيد و تحمي أسرة الواهب من ضياع حقوقهم في التركة .

والشكلية تكون بورقة رسمية عند الضابط العمومي و هو الموثق بحيث تكون العقود التي يحررها هذا الأخير ذات طابع رسمي و ذلك بالنظر لما تحمله من معلومات خاصة بأطراف العقد , و يقوم الموثق أثناء إبرام العقد بإثبات هوية كلا الطرفين و هذا ما قالت به المحكمة العليا في **القرار الصادر بتاريخ 2007/11/21 الملف رقم 389338** أن عقد الهبة يجب أن يحرر تحت طائلة البطلان بحضور شاهدين وأن ذلك من النظام العام كما يتأكد من أهليتها من التعاقد و يلجأ بعض الموثقين إلى طلب شهادة طبية تثبت القوة العقلية للمتعاقد كما يبين الموثق لأطراف العقد ما يترتب على العقد الذي يقومان بإبرامه كما يتأكد أيضا من أركان العقد فإذا اختل ركن بطلت الهبة

و إن لم تتوافر الشكلية القانونية المطلوبة في الهبة كان العقد باطلا ولا تنقل الملكية و للواهب حق التصرف , كيف شاء , و لا ينتقل الملك إلى الموهوب له فلا يمكنه أن يطالب بتسليمه المال إلا أنه يمكن أن تتخذ هذه الهبة الباطلة شكل التصرفات الأخرى , لا يشترط فيها شكل معين أو قد تتحول الهبة الباطلة إلى وصية و ذلك بالاستناد إلى القواعد

المقررة في تحول العقود و التصرفات وفقا للقانون المدني (2)

و يمكن لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان ما لم تتم الهبة في ورقة رسمية

و سنتكلم عن الرسمية في عقد الهبة في العقار بشكل أوسع في الفصل الثاني.

الفرع الثاني : الحيازة في الهبة في العقار

تعرف الحيازة على أنها رفع يد المتبرع من التصرف في الملك ورد ذلك إلى يد المتبرع عليه

---

(1)– نورة منصوري, المرجع السابق ص 38

(2) – قرار رقم 3893338 , مجلة المحكمة العليا العدد 2 2008سنة ,الغرفة المدنية 2007/11/21,ص159

أو نائبه أو تخليته للناس كالأحباس [1]

و هي تمكين الموهوب له من وضع يده على الشيء الموهوب قصد السيطرة المادية عليه بغية الظهور عليه بمظهر صاحب الحق , و لن يتسنى ذلك إلا بتسليم المال الموهوب إلى الموهوب له [2]

وبالعودة لنص المادة 206 من قانون الأسرة فإنها تؤكد على أن الهبة تنعقد بالإيجاب والقبول وتتم بالحيازة ... و إذا اختلت هذه القيود بطلت الهبة, فمن خلال القول ببطلان الهبة في حالة غياب الحيازة بطلت الهبة في هذه الحالة يمكن القول بأن المشرع الجزائري قد اعتبر الحيازة شرط أساسي لصحة عقد الهبة و بدونها يبطل العقد

أما المادة 207 من قانون الأسرة فتنص على أن " إذا كان الشيء الموهوب بيد الموهوب له قبل الهبة يعتبر حيازة و إن كان بيد الغير وجب إخباره بها ليعتبر حائزا "

و نستخلص من هذه المادة مايلي : [3]

1-إذا كان العقار بيد الموهوب له قبل الهبة تعتبر حيازته صحيحة, كأن يكون الموهوب له مستأجرا أو مستعيرا للعقار فيعتبر حائزا وتتغير صفته إلى مالك للعقار الموهوب من تاريخ الهبة وتتحول حيازته من حيازة عرضية إلى حيازة حقيقية

---

(1)– أنظر خالد سماحي , النظرية العامة لعقود التبرعات , دراسة مقارنة (أطروحة دكتوراه) فرع القانون الخاص , جامعة أبو بكر بلقايد , تلمسان , كلية الحقوق و العلوم السياسية 2012–2013 ص 141

(2) – عمر حمدي باشا , المرجع السابق ص 8

(3)– نورة منصوري, المرجع السابق ص 46

2-إذا كان العقار بيد الغير وجب في هذه الحالة إخبار هذا الغير بعقد الهبة , حتى يتمكن الموهوب له من الحيازة للعقار

إلا أن المشرع الجزائري أورد بعض الاستثناءات لقاعدة الحيازة وذلك من خلال المادة **208** من قانون الأسرة بقولها" إذا كان الواهب ولي الموهوب له أو زوجه أو كان الموهوب مشاعا فإن التوثيق و الإجراءات الإدارية تغني عن الحيازة" و نستنتج من هذه المادة :
إذا كان الواهب ولي الموهوب له , أو زوجه أو في حالة ما إذا كان العقار الموهوب مشاع فإن إجراءات التوثيق تغني عن الحيازة , و هو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في القرار رقم 58.700 المؤرخ في 1990/02/19 المنشور بالمجلة القضائية لسنة 1991 عدد 04 ص 113 : " من المقرر فقها أن الهبة تلزم بالقول وتتم بالحوز وهبة الزوجين لبعضهما يعمل بها و لو لم يتم الحوز [1] هذا و لقد وافق المشرع الجزائري الأحكام الشرعية في اعتبار الحيازة شرط من شروط تمام الهبة إلا أن الرسمية قد تغني عن الحيازة في بعض الاستثناءات كأن يكون الواهب ولي الموهوب له أ زوجه و هو ما جاء في نص المادة 208 من قانون الأسرة [2]

---

(1)-عمر حمدي باشا , عقود التبرعات. المرجع السابق ص 11

(2) - جمال عياشي , تداخل آثار عقود التبرعات و المواريث (أطروحة دكتوراه) فرع القانون الخاص , جامعة الجزائر -1- كلية الحقوق 2013- 2014

في نهاية هذا الفصل وبعدما تطرقنا لمختلف التعريفات اللغوية والفقهية وكذا القانونية يمكن القول بأن عقد الهبة في العقار هو تمليك العقار بدون عوض و هو ما قال به المشرع الجزائري وقد وفق المشرع الجزائري في تعريف عقد الهبة إلا أنه لم يبين في ذات المادة ماهية التصرف وهل يعتبر عقدا, ولكنه تدارك بقوله تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول.

بالإضافة إلى أن الهبة في العقار عقد منا بينا فهي تختص عن باقي العقود بخصائص لو اختلت لأخذت الهبة منحى آخر منها نية التبرع وأنها تصرف بلا عوض .

وبالعودة للمادة نفسها من قانون الأسرة فإنها توضح لنا الشروط الخاصة بعقد الهبة في العقار التي هي الشكلية والحيازة و ذلك تحت طائلة البطلان

وهو ما سنتطرق إليه في الفصل الثاني بالتفصيل

الفصل الثاني

أحكام عقد الهبة في العقار

بعدما تطرقنا في الفصل الأول ماهية عقد الهبة في العقار مبينين في ذلك تعريفها وخصائصها وأركانها سنتطرق في الفصل الثاني إلى الأحكام المترتبة على هذا العقد و يتجلى ذلك من خلال الإجراءات الواجب إتباعها وفق ما يمليه القانون و كذا الرجوع فيها .

لذا سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين نتحدث في المبحث الأول عن الإجراءات المتبعة

أما المبحث الثاني فنخصصه للرجوع في عقد الهبة في العقار

المبحث الأول : الإجراءات الخـــاصة بعقد الهبة فـــي العقـــار

للحديث عن الإجراءات الخاصة بعقد الهبة في العقار قمنا بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين أساسين لتمام الإجراءات و هما الرسمية في المطلب الأول التي أحالها المشرع الجزائري إلى قانون التوثيق من خلال المادة 206 ثم تسجيل و شهر العقد في المطلب الثاني

المطلب الأول : توثيق عقد الهبة في العقار

تنص المادة 206 من قانون الأسرة الجزائري " تنعقد الهبة بالإيجاب و القبول ..... , و مراعاة أحكام التوثيق في العقارات

وإذا اختلت أحد هذه القيود السابقة بطلت الهبة ".

وتقابلها المادة 488 من القانون المدني المصري " تكون الهبة بورقة رسمية وإلا وقعت باطلة

فهبة العقار لا تتم إلا بورقة رسمية وعلى المتعاقدين أن يتقدما إلى مكاتب التوثيق, وليس ضروريا أن يكون هذا هو مكتب التوثيق الذي يوجد في دائرته العقار الموهوب [1]

---

(1)– محمد بن أحمد تقية المرجع السابق ص 221.

وتنص المادة 3 من قانون التوثيق على أن الموثق هو ضابط عمومي, مفوض من قبل السلطة العمومية, يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصبغة الرسمية [1]

فتقوم مكاتب التوثيق بتوثيق عقد الهبة[2] بعد دفع الرسم المستحق, و يجب على الموثق التثبت من أهلية المتعاقدين و رضائهما , ولا يجوز التوثيق إلا بحضور شاهدين يوقعان عقد الهبة و على الموثق قبل توقيع المتعاقدين على عقد الهبة أن يتلو عليهما الصيغة الكاملة للعقد و أن يبين لهما الأثر القانوني المترتب عليه و له رفـض التوثيق إذا اتضح له عدم توافر الأهلية أو أو الرضاء لدى المتعاقدين أو أن الهبة ظاهرة البطلان [3]

فلا يقبل بأي شكل من الأشكال أن يحرر عقد الهبة عن كاتب ما لأنها بذلك ستكون باطلة بطلانا مطلقا و هذا ما تأكده المادة 12 من القانون رقم 70-91 المتضمن مهنة التوثيق بقولها

"زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي فإن العقود التي تتضمن نقل العقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية ... ***يجب تحت طائلة البطلان أن تحرر هذه العقود في شكل رسمي من دفع الثمن إلى الموثق*** *"* [4]

و عليه فالموثق هو الضابط العمومي المختص بإعطاء الشكل الرسمي لعقد الهبة في العقار و يكون ذلك بحضور شاهدين اثنين كما نصت عليه المادة 324 مكرر 3 من القانون المدني بقولها " يتلقى الضابط العمومي تحت طائلة البطلان العقود الإحتفائية بحضور شاهدين "

---

(1) - قانون رقم 06-02 مؤرخ في 21 محرم عام 1427 الموافق لـ 20 فبراير سنة 2006 يتضمن تنظيم مهنة الموثق الجريدة الرسمية عدد 14 مؤرخة في 08 مارس 2006

(2) (أنظر) نموذج عقد هبة (ملحق 1).

(3)- كمال حمدي , المواريث و الهبة و الوصية , مساء المعارف , الأسكندرية , 1987 ص 160.

(4) - قانون رقم 70-91 المؤرخ في 17 شوال 1390 الموافق لـ 15 ديسمبر 1970 المتضمن مهنة التوثيق.

ويكون على الموثق عند تحرير عقد الهبة في العقار أن يقوم بتحديد حالة العقار و طبيعته كما يجب أن يحدد موقع العقار بدقة كما يجب أن يحدد في ذات العقد أسماء المالكين السابقين وغيرها من المعلومات المتعلقة بالعقار.

وهذا ما جاء في نص المادة 324 فقرة 4 من القانون المدني بقولها " يبين الضابط العمومي في العقود الناقلة أو المعلنة عن ملكية عقارية , طبيعة و حالات و مضمون , و حدود العقارات و أسماء المالكين السابقين و عند الإمكان صفة و تاريخ التحويلات السابقة "

و إنعدام الشكل الرسمي يخول لكل ذي مصلحة أن يدفع بالبطلان كما يجوز للمحكمة أيضا و من تلقاء نفسها إثارة البطلان لأنه من النظام العام

فإذا اختل شكل الهبة في العقار, فإن الهبة تكون باطلة بطلانا مطلقا و لا تنتج أثرا , فيبقى المال الموهوب ملكا للواهب يستطيع أن يتصرف فيه كما يريد , ولا ينقل الملك إلى الموهوب لــه فلا يستـطيع هذا أن يطالب بتسليمه المــال و لا يستطيع أن يتصرف فيه .

و يجوز للواهب أن يرفع دعوى البطلان , و أن يتمسك بالبطلان دفعا في دعوى يرفعها عليه الواهب , كما يجوز لأي ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان , فيتمسك به ورثة الواهب , و الخلف الخاص كمشتر من الواهب .

فإذا كان الواهب قد سلم الشيء الموهوب للموهوب له, وانقضت دعوى البطلان بالتقادم, جاز للواهب أن يرفع دعوى استحقاق يسترد بها العقار [1]

وينطبق هذا المفهوم على هبة العقارات, التي يوجد المشـرع صـبها فــي قـالب توثـيقي إعمالا لنص المـادة 324 مكرر من القانون المدني ومن ثم يمكن تجسيد وظيفة التوثيــق

---

(1)- أنور العمروسي , العقود الواردة على الملكية في القانون المدني , دار الفكر الجامعي , الإسكندرية , الطبعة الأولى , 2002 ص 341

التوثيق في النقاط التالية : [1]

1-إتمام ركن من أركان العقد تحسب المادة 324 من القانون المدني
2-تمكين المتعاقد من السند التنفيذي يغنيه عن رفع دعوى صحة التعاقد
3-إمتلاك المتعاقد لحجة في مواجهة الغير في كامل التراب الوطني
4-تنبيه كل من الواهب و الموهوب و خاصة الواهب إلى خطورة التصرف المقبل عليه و ذلك حتى يتأكد من تصرفه

5-تترتب أحكام عقد الهبة في العقار بمجرد توثيق العقد , عدا الأثر العيني أي أن عقد الهبة في العقار الموثق , و قبل شهره بالمحافظة العقارية , و إن كان لا ينقل الملكية و لكنه ينشئ التزامات في مواجهة كل من الواهب و الموهوب له [2]

و بالرجوع للمـادة 324 من القانون المدني نجدها تنص على أنه يجب يجب على محرر العقد (الضابط العمومي) إتباع إجراء من إجراءات تحرير عقد الهبة في العقار و ذلك لخطورته و بصفته عقد من العقود الاحتفائية ·

و ما يشترطه القانون في العقود الإحتفائية هو وجوب حضور شاهدين في مجلس العقد و يلاحظ من خلال الممارسة القضائية نوع من الاستخفاف بهذه المسألة على الرغم من أهميتها القصوى من قبل بعض الموثقين أثناء تحريرهم لعقود الهبة , أو من القضاة المكلفين بمراقبة

---

(1) – نورة منصوري, المرجع الســابق ص 59 .
(2)– أنظر , نورة منصوري المرجع نفسه ص 59 .

مدى شرعية العقود التوثيقية في حالة الطعن فـي صحتها فضلا عن عدم إثارة هـذه النقطة القـانونية من قبل الأساتذة المحـامين [1]

و الشهود ثــلاث أنواع :

1- شهود العدل : و هذا النوع من العقود هو الواجب حضوره في مجلس العقد في العقود الاحتفائية ويجب على الموثق إلا يبرم العقد بدون حضورهما كما يجب أن يتوفر في كلا الشاهدين ذوي أهلية كاملة و ذوو إرادة حرة كما يجب ألا تكون لهم أي مصلحة في عقد الهبة كما لا يجب أن يكونا لا من أقرباء الضابط العمومي حسب المـادة 20 من قانون تنظيم مهنة الموثق بقولها لا يجوز لأقارب أو أصهار الموثق المذكورين في المادة السابقة (أحد أقاربه أو أصهاره على عمود النسب حتى الدرجة الرابعة أو أحد أقاربه أو أصهاره تجمعه به قرابة الحواشي و يدخل في ذلك العم و ابن الأخ و ابن الأخت) و كذلك الأشخاص الذين هم تحت سلطته , أن يكونوا شهودا في العقود التي يحررها و لا من أقرباء المتعاقدين (الواهب و الموهوب له) و ذلك حتـى يسمع كل منهما صيغة العقد و التأكد من توجه نية كل متعاقد في التعاقد و ذلك من خلال إيجاب و قبول كلا المتعاقدين و كما ذكرنا سابقا فلا يجب أن يكون الشهود (شهود العدل) من أقرباء التعاقدين و لا حتـى من أقرباء الموثق و في حالة تخلف الشاهدين و عدم حضورهم تحرير العقد يكون العقد بذلك باطلا حسب المادة 324 فقر 3 من القانون المدني التي نصت صراحة على بطلانه بقولها " *يتلقى الضابط العمومي تحت طائلة البــطلان , العقود الاحتفائية بحضور شاهدين* "

و قد يلجأ بعض الموثقين فـي بعض العقود من اعتماد أربـعة شهود يكون إثنان منهم شهود عـدل و الاثنين الآخرين هما شهودا الإثبات و بالعودة للمادة 20 نجدها تنص على أنه " يجوز لأقارب أو أصهار الأطراف المتعاقدة أن يكونوا شهود إثبات "

---

(1) – عمر حمدي باشا , عقود التبرعات المرجع السابق ص 17 .

2-شهود الإثبات : هذا النوع من الشهود لا يـكون حضوره واجبا خلال تحرير العقد بعكس شهود العدل , إلا أنه بإمكان الموثق في حال كانت هوية أحد المتعاقدين مجهولة أو كلاهما أن يطلب حضور شاهدي إثبات أو شاهدي تعريف ليضمنوا هوية المتعاقدين . [1]

و يكثر اللجوء إلى هذا النوع من الشهود في حالة عدم حيازة طرفي العقد بطاقة هوية و ما يثبت حالتهما المدنية و الجنسية و كان الموثق لا يعرفهما , و عليه يجوز للموثق تحرير العقود الرسمية مثل البيع و الرهن , الإيجار و غيرها بدون شهود الإثبات
كما أن هناك نوع ثالث من العقود بالإمكان أن يحضرا تحرير العقد لـدى المـوثق و هما

2-شهود التشريف : كما أن هذا النوع من الشهود لا يعتبر حضورهما ضروريا عند الموثق بل يكون حضورهما تشريفيا لهما . كحضور إخوة الزوجة في عقد الزواج و إمضائهم مع شاهدي العقد و الأطراف الآخرين , فليس لهم دور فــي التعريف و لا العدل [2] و ليست لهما قيمة قانونية

بالإضافة إلـى ذلك و بعد تحرير الموثق لعقد الهبة في العقار على مستوى مكتبه و بعد إكمال

كل الإجراءات الواجب إتباعها من تحري الإرادة و التأكد من أهلية المتعاقدين و حضور الشهود و تلاوة صيغة العقد و غيرها يكون على الموثق بعدها أن يسجل العقد لـدى مفتشية أملاك الدولة ثم شهره في المحافظـــة العقارية

وهذا ما سنتطرق إليه في المطلب الثاني

---

(1) -عمر حمدي باشا , عقود التبرعات , المرجع السابق ص 14 .

(2) - عمر حمدي باشا , المرجع نفسه ص 15 .

المطلب الثاني : تسجيـــل وشــهر عقد الهــبة في العقار

الفرع الأول : تسجيل عقد الهبة في العقار

بعد أن يقوم الموثق بتحرير عقد الهبة التي يكون محلها عقارا يقوم بتسجيله على مستوى مفتشية التسجيل و الطابع التابعة لمديرية الضرائب و ذلك من أجل تحصيل و دفع الرسوم و التي يتطلبها تسجيل هذا العقد و تختلف الرسوم من عقد إلى آخر فمنها ما تكون (الرسوم) ثابتة و منها من تكون نسبية أو تصاعدية تبعا لنوع العقد و هذا ما نصت عليه المادة 2 من قانون التسجيل و تحدد المادة التي تليها كيفية تطبيق الرسوم على العقود فالرسم النسبي أو التصاعدي حسب المادة 4 من نفس القانون يطبق على العقود الناقلة للملكية وبالرجوع إلى طبيعة عقد الهبة في العقار فهو من العقود الناقلة للملكية مجاناً فتحكمها قواعد المادة 231 من قانون التسجيل الحالى المتعقلة بنقل الملكية مجانا نتنص على أنه يحصل على الهبات بين الأحياء رسم تسجيل قدره 5 % أما الفقرة الثانية فتنص على أن الهبات بين الأحياء الواقعة بين الأصول من الدرجة الأولى و بين الأزواج , تستفيد من الإعفاء من رسم التسجيل .

إلا أن هذه الرسوم قد تزيد و قد تنقص فكان قانون التسجيل لسنة 1976 لا يعفي الهبات الواقعة بين الأصول من الدرجة الأولى و بين الأزواج من رسوم التسجيل فكانت تنص المادة 231/ 2 منه على :" غير أنه يحصل على الهبات بين الأحياء الواقعة بين الأصول و الفروع و الأزواج رسم قدره 3 % "

و تنص المادة 58 من الأمر رقم 105/76 المتضمن قانون التسجيل على وجوب تسجيل عقود الموثقين في أجل شهر واحد من تاريخ تحريرها و يتعلق الأمر بالعقود التي تتضمن نقل

ملكية عقارية أو حق انتفاع [1] تحت طائلة العقوبات التأديبية التي تطبقها عليهم السلطات المختصة كما يكون على الموثق تسجيل العقود التي يحررها لدى مصلحة التسجيل و الطابع التابع لها إقليميا و هذا بنص المادة 75 من قانون التسجيل التي نصت صراحة على أنه لا يمكن للموثقين أن يسجلوا عقودهم إلا في مكتب التسجيل التابع للدائرة أو عند الاقتضاء في مكتب الولاية الذي يوجد بها مكتبهم .

و يمكن تجسيد وظيفة التسجيل فيما يلي :

- تحصيل الدولة للجانب الضريبي لصالح الخزينة العمومية

- إثبات العقود العرفية ، فالعقود العرفية التي يحررها الأطراف فيما بينهم دون تدخل من الضابط العمومي لا يكن لها أي حجية على الغير في تاريخه ما لم يكن له تاريخ ثابت أي من

- يوم تسجيله .

- ثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عمومي

- من يوم التأشير عليه على يد ضابط مختص [2]

الفرع الثاني : شهر عقد الهبة في العقار : لقد اعتمدت أغلب تشريعات العالم على نظام الشهر العقاري فهو يعتبر من أهم الأسباب التي تدعم الملكية العقارية , بحيث يكون حجة

---

(1)- (أنظر)،الأمر رقم 76-105 مؤرخ في 09 ديسمبر سنة 1976 و المتضمن قانون التسجيل المعدل و المتمم ، الجريدة الرسمية عدد 81 مؤرخة في 18 ديسمبر 1977

(2) -(أنظر)، نورة منصوري , المرجع السابق ص 61

لصاحبه في مواجهة الغير فمن خلال عملية الشهر يعلم المتعاقد الغير بالوضع القانوني للعقار المشهر , إذن فالشهر العقاري هو مجموعة الإجراءات و القواعد التي تحدد هوية العقار و شهره " (1) ويعريفه مجيد خلفوني على أنه عمل فني يهدف إلى تسجيل مختلف التصرفات الواردة على العقارات بإرادة الشهر العقاري لإعلام الكافة بها , إظهارا بوجودها ليكون الجميع على بينة من أمرها (2)

و تنقسم أنظمة الشهر إلى قسمين هما الشهر الشخصي و الشهر العيني و سنوضح كلا منها باختصار مع تبيان موقف المشرع الجزائري منها :

- الشهر الشخصي : و هو أو نظام اتبع في العصر الحديث و يعتمد هذا النوع على إعلان التصرفات بأسماء الأشخاص القائمين عليها بحيث لا يمكننا من خلاله معرفة الوضعية القانونية لعقار ما من غير أن نعرف صاحبه

ويتم ذلك بسجل يمسك حسب الترتيب الأبجدي لأسماء كل الأشخاص القائمين بمختلف التصرفات العقارية، كما يتم وضع سجل آخر يمسك على أساس الترتيب الزمني لتقديم

---

(1)– أنظر, رويصات مسعود , نظام السجل العقاري في التشريع الجزائري , (رسالة ماجيستير) تخصص قانون عقاري , جامعة الحاج لخضر – باتنة – كلية الحقوق 2008 / 2009 ص 8 .

(2) – مجيد خلفوني , نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري , الطبعة الأولى , الديوان الوطني للأشغال التربوية 2003 ص 13 .

التصرفات إلى المكلف بالشهر [1]

و سجل آخر يمسك على أساس الترتيب الزمني لتقديم التصرفات المراد شهرها [2]

أما الشهر العيني فهو شهر التصرفات العقارية بالمحل ذاته , أي يشهر العقار و يكون لكل عقار بطاقة خاصة به ضمن السجل العقاري و تحتوي على وصف العقار مع تحديد موقعة و مساحته

و أما بالنسبة للمشرع الجزائري فبعد الاستقلال كان قد أخذ بالقانون الفرنسي و ذلك لصعوبة استحداث قوانين جديدة و بقي العمل بأحكام القانون المدني الفرنسي و بالتالي بقي نظام الشهر الشخصي مطبقا في الجزائر في الجزائر [3]

و باستحداث الأمر 75/74 المتعلق بإعداد مسح الأراضي [4] نجد أن المشرع الجزائري قد أخذ بنظام الشهر العيني .

إلا أن المادة 27 من الأمر 74/75 قد جعلت من نظام الشهر الشخصي كوسيلة علاجية في حال عدم وجود مسح أراضي في أي بلدية

مما سبق فإن الأهمية البالغة للشهر العقاري تتمحور حول إبلاغ و إعلام الغير بالوضعية

---

(1) – أنظر, مسعود رويصات, المرجع السابق ص 16 .

(2) – منصوري نورة , المرجع السابق ص , 62 , 63 .

(3)– جمال بوشناق , شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري , دار الخلدونية , الجزائر , 2006 ص 46 .

(4) – الأمر رقم 75–74 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 يتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسس السجل العقاري معدل بالقانون 79–09 المؤرخ في 31 ديسمبر سنة 1979 المتضمن قانون المالية لسنة 1980 .

القانونية للعقار محل الإشهار و يعتبر الإجراء العقاري إجباريا في العقود الناقلة للملكية [1]

و يتولى المحافظ العقاري قبل شهر عقد الهبة مما يلي :

-وجود الوثائق المتطلبة قانونا ولا سيما العقد التوثيقي للهبة

-التأكد من أن الواهب لديه سند ملكية نشهر بالمحافظة العقارية , تطبيقا لقاعدة الأثر النسبي طبقا لما جاءت به النصوص التشريعية المنظمة لأحكام الشهر العقاري [2]

-تقديم الدفتر العقاري موضوع الهبة , أن كان هذا العقار من العقارات المشمولة بعملية المسح العام

-تقديم أداة من أدوات التعمير إلزاميا إن كان هذا العقار موضوع الهبة , عقارا حضاريا صالحا للبناء

الفرع الثالث : جزاء الإخلال بالشكلية :

مما سبق فقد رأينا الأهمية البالغة للرسمية وما يتبعها من إجراءات التسجيل والشهر سنبين في هذا الفرع الجزاء المترتب على الإخلال بالشكلية

ويظهر ذلك من خلال نص المادة 206 من قانون الأسرة .

فوجوب الشكلية وإفراغ عقد الهبة في شكل رسمي خاصة إذا كان عقارا ليس بالأمر الهين إذ أن الإخلال به يؤدي به حتما إلى البطلان المطلق [3]

---

(1)- نورة منصوري , المرجع السابق ص 63.

(2) –المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري

(3) – فريدة هلال , المرجع السابق , ص 53 .

و بالرجوع للمادة 206 من قانون الأسرة الجزائري فإن النص صريح في الفقرة الثانية من المادة المذكورة و إذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة

و القيود المذكورة في فيما يخص الكل هي الحيازة , و أحكام قانون التوثيق في العقارات ...

ففي العقار يختل شكل التبرع إذا لم يقم المتبرع له بحوزه , و توثيقه في ورقة رسمية [1]

أو لم يتم شهره في المحافظة العقارية أو وثقت و كان العقد بالطلا لسبب من أسباب بطلان الأوراق الرسمية [2]

و يجوز للواهب أن يرفع دعوى البطلان كما بإمكانه أيضا أن يدفع به في حال قام الموهوب له برفع دعوى ضده , بالإضافة إلى هذا يجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان من ورثة أو خلف خاص

و في حال انقضاء دعوى البطلان بالتقادم فللواهب أن يرفع دعوى استحقاق يسترد بها العقار , لأن التقادم البسيط و لو كان حسن النية لا تترتب عليه ملكية العقار الموهوب و لا يستطيع أن يدفع هذه الدعوى بالتقادم لأن الهبة الباطلة لا تصلح سببا صحيحا .

---

(2)– خالد سماحي , المرجع السابق 152.

(3)–نورة منصوري , المرجع السابق ص 76.

المبحث الثاني :كيفية الرجوع في عقد الهبة في العقار وآثاره.

بعدما تطرقنا في المبحث الأول من هذا الفصل إلى الإجراءات الواجب إتباعها لصحة عقد الهبة في العقار و ذلك من خلال المادة 206 من قانون الأسرة و المادة 324 من القانون المدني الجزائري من توثيق و تسجيل و شهر و كذا ما يترتب على تخلفها سنتكلم في هذا الجزء عن كيفية الرجوع في عقد الهبة في العقار و الآثار المترتبة عن هذا الرجوع.

المطلب الأول : كيفية الرجوع في عقد الهبة في العقار .

لقد قسم أغلب شراح القانون المدني كيفيات الرجوع في الهبة إلى قسمين هما الرجوع بالتراضي والرجوع بالتقاضي وهو ما سنبينه في هذا المطلب .

الفرع الأول : الرجوع بالتراضي في هبة العقار

فإذا أراد الواهب الرجوع في الهبة وتراضى الموهوب له على هذا الرجوع , فإن هذا يشكل إقالة من الهبة .

والتقايل هو انحلال الرابطة العقدية باتفاق الطرفين , ويعتبر التقايل عقدا يتم بإيجاب وقبول جديدين[1] أنها شأن العقود شأن العقود الأخرى ولا تتميز الهبة في ذلك عن باقي العقود

فكما ينشأ العقد بإيجاب وقبول متطابقين يتجهان لإحداث آثار قانونية فكذلك قد ينقضي بإيجاب وقبول متطابقين , وإذا كان العقد الذي حصلت الإقالة منه كليا كالهبة والرهن الرسمي , فتتم بالإقالة بنفس الشكل الذي الذي نشأ عذا العقد [2]

---

(1)– انظر حمدي باشا , المرجع السابق ص 31

(2)– ضريفي الصادق, الرجوع في عقد الهبة, (رسالة ماجيستير) فرع العقود و المسؤولية,جامعة الجزائر, كلية الحقوق 2001–2002 ص 2

ويلاحظ أن التراضي يتم به الرجوع في الهبة في جميع الأحوال, سواء كان هناك مانع من الرجوع في الهبة أو لم يكن, وسواء وجد عند الواهب عذر مقبول للرجوع أو لم يوجد [1]

ويقول مصطفى عبد الجواد حجازي اشترط الرسمية في الإقالة من هبة العقار حتى يتمكن لأسرة الواهب والغير العلم برجوع المال الموهوب على ملك الواهب [2]

وتعتبر هذه الحالة الوحيدة (التقايل) التي يسوغ فيها للموثق تحرير عقد الرجوع في الهبة بالتراضي بين الطرفين. [3]

أما عقد الرجوع في الهبة [4] من جانب واحد التي تحرر من قبل الموثقين استنادا إلى المذكرة الصادرة عن المديرية العامة للأملاك الوطنية بتاريخ : **1994 / 02 / 14** تحت رقم 626 والتي اعتبرت الرجوع في الهبة هو حق مقرر على وجه الاستثناء للوالدين فقط . دون الرجوع للقضاء إذ يكفي التصريح بذلك أمام الموثق وبإرادة منفردة إذا التمس أحد الوالدين من الموثق ذلك. [5]

ويقول حمدي باشا في هذا الشأن بأن هذه المذكرة قد جانبت الصواب فيما ذهبت إليه ودليلنا على ذلك:

---

(1)– عبد الرزاق السنهوري , الوسيط في شرح القانون المدني(باقي العقود ...) , المرجع السابق , ص 176 .

(2)– أنظر الصادق ضريفي, المرجع السابق 23 .

(3)– عمر حمدي باشا المــرجع السابق ص 31 .

(4)–أنظر نموذج عقد الرجوع في الهبة (ملحق 2).

(5)– نورة منصوري , المرجع السابق ص 100 .

أن تأسيس المذكرة حق الرجوع في الهبة للوالدين بإرادة منفردة, بحجة أن استرجاع الواهب لأملاكه يتم بنفس الإجراءات الشكلية التي تم بها التصرف, يعد غير سديد.

لأن الهبة تنعقد بتطابق إرادتين ولا تنعقد بالإرادة المنفردة حتى يتم الرجوع فيها بإرادة منفردة ومن ثم فلا يجوز الرجوع فيها إلا بتوافق إرادتين وإيجاب وقبول جديدين حتى يمكن للموثق تحرير عقد الرجوع في الهبة .

كما أن ما ذهبت إليه هذه المذكرة لا ينطبق على الهبة وإنما ينطبق على الوصية التي تعتبر تصرف قانوني صادر من جانب واحد مضاف إلى ما بعد الموت, لأن الركن الوحيد في الوصية هو الإيجاب الذي بصدوره تبرم الوصية.

بحيث يمكن للموصي الالتجاء إلى الموثق للتصريح بالرجوع في الوصية وذلك من دون الحاجة إلى موافقة الموصى له و دون الرجوع إلى القضاء و هذا ما نستنتجه من نص المادة **191** من قانون الأسرة [1]

والرجوع في الهبة هو حالة استثنائية.

والمنطق في الحالات الاستثنائية يقضي أن يلتجأ الواهب إلى القضاء لاسترداد العين الموهوبة لأن مراقبة توافر شروط المادة 211 من قانون الأسرة من صلاحيات الهيئة القضائية التي تقوم ببسط رقابتها على الملف وهذا معنى الرجوع في الهبة في العقار بالتقاضي .

وهو موضوع العنصر التالي.

الفرع الثاني : الرجوع بالتقاضي في الهبة في العقار .

ترفع دعوى الرجوع في الهبة إلى القاضي لفسخ عقد الهبة وجعل الهبة كأن لم تكن ويكون ذلك بسبب إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته، أما إذا لم يتفق أحد الوالدين الواهب لابنه والابن

---

(1)- عمر حمدي باشا , عقود التبرعات (الهبة ...) المرجع السابق ص 32

الموهوب له وبما أن للوالدين على سبيل الحصر حق الرجوع في الهبة وهذا ما نلاحظه من خلال المادة **211** وما كرسته المحكمة العليا عندما اعتبرت أن المقصود بكلمة الأبويين الواردة في نص المادة **211** من قانون الأسرة الأب والأم فقط ولا تشمل الجد والجدة إذ لا يحق لهذين الأخيرين الرجوع عن هبتهما لحفيدهما، وذلك عندما فصلت المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية والمواريث بتاريخ **2010/07/15** في الملف رقم **554347** وذلك بقبولها الطعن بالنقض شكلا ورفضه موضوعا (1)

وأكدت المحكمة العليا هذا المبدأ عندما نقضت القرار المطعون فيه بتاريخ **2007/03/21** (2) الذي قضى بجواز رجوع الجدة عن هبتها لحفيدها، معتبرا الجدة بمثابة الأم .

إلا أن المادة 211 من قانون الأسرة التي أقرت هذا الحق قد قيدته أيضا بحيث لا يمكن للوالدين الرجوع في هبتهما لابنهما إذا ما اقترنت بأحد الأسباب التالية:

-إذا كانت من أجل زواج الموهوب لـــه

- إذا كـانت لضـمان قرض أو دين

- إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب ببيع أو تبرع أو ضاع منه ....

-كما أن الهبة بقصد المصلحة العامة لا رجوع فيها

لذا سنتاول هذه القيود كما يلي :

أولا : موانع الرجوع في عقد الهبة في العقار :

1-إذا كانت الهبة من أجل زواج الموهوب له :

فإذا كانت الهبة قصد بها زواج الإبن فإن الرجوع فيها يكون ممنوعا منذ صدورها لأن الأصل

---

(1)- مجلة المحكمة العليا ،العدد 1،سنة 2007 ، غرفة الأحوال الشخصية ، ملف رقم 367996، قرار بتاريخ 2006/06/14، ص479 .

(2) مجلة المحكمة العليا ، العدد 2 ، سنة 2006 ، الغرفة المدنية ، الملف رقم 328682 ، قرار بتاريخ 02/15 /2006، ص237.

فيها هو مساعدة الولد على الصلاح فلا مجال فيها للرجوع خاصة وأن تكاليف الزواج بالنسبة للولد ستكون باهضة .

2-إذا كانت الهبة لضمان قرض أو دين :

كما يمتتع على الوالدين الرجوع في الهبة لابنهما إذا كان عليه دين أو إقترض قرضا

وكان غير قادر على تسديد ما عليه إلا عن طريق هبة من أحد الوالدين ففي هذا الحالة لا يكون للوالدين حق الرجوع في هذه الهبة إلا عن طريق التراضي مع الموهوب له

3-إذا تصرف الموهوب له في الهبة أو ضاع منه أو غير في طبيعته :

فإذا تصرف الموهوب له في الهبة بأي تصرف ناقل للملكية كالبيع أو الهبة فهذا التصرف يمنع الوالدين من الرجوع في هبتهما ويعتبر هذا الشرط بمثابة حماية لحقوق الغير حسن النية و ذلك حتى يكون في مأمن من الرجوع في الهبة ويشترط في هذه الحالة أن يكون التصرف كاملا وقبل إبداء الرغبة في الرجوع

أما إذا ضاع الشيء الموهوب أو هلك كأن يتهدم المنزل مثلا فالعقار الموهوب قد خرج من يد الموهوب له و بالتالي لا يمكن له رده

أما إذا قام الموهوب له بإدخال تغييرات على العقار الموهوب من شأنها أن تغير من طبيعته كأن يحول الأرض الزراعية إلا أرض صالحة للبناء و بناء منزل فوقها فهذا يمنع الواهب من استرداد هبته و هو نفس ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها رقم 153622 الصادر في 1998/03/11 بقولها " حيث أن المستأنف عليهما أدخلا على المال الموهوب أعمالا غيرت من طبيعتها و هي بناء مساكن .. و بالتالي فإن محكمة الدرجة الأولى قد وفقت في حكمها القاضي بصحة عقدي الهبة و إبطال عقد الرجوع في الهبة ما يتعين على المجلس تأيده في جميع تراتيبه [1]

(1) – قرار المحكمة العليا الصادر المؤرخ 1998/03/11 المجلة القضائية لسنة 1997 العدد 2 ص 72

هذا وقد سبب قضاة الاستئناف قرارهم تسبيبا صحيحا وكافيا كما أنهم طبقوا المادة تطبيقا سليما

4-الرجوع بقصد المنفعة العامة :

هذه الحالة من الحالات العامة التي لا يمكن فيها الرجوع عن الهبة سواء بالنسبة للوالدين أو بالنسبة للغير فإذا كان لقصد من الهبة هو تحقيق منفعة للمجتمع كمن يهب عقارا لبناء مسجد أو دار للأيتام أو غيرها فلا يمكنه الرجوع في هبته في هذه الحالة وهو ما أكدته الغرفة الإدارية للمحكمة العليا في القرار رقم 116191 [1] بقولها من المقرر أن الهبة للمنفعة العامة لا رجوع فيها .

ولما كان من الثابت- في قضية الحال- أن قطعة الأرض المتنازع عليها منحت للبلدية من طرف مورث المستأنفين بصفة دائمة قصد بناء مدرسة

و أن غلق المدرسة من طرف البلدية مؤخرا لنقص عدد التلاميذ لا يعطي حق للورثة باسترجاعها لأن المورث ذكر في شهادة الهبة بأن قطعة الأرض ستكون ملكا للبلدية و لم يذكر بأنها منحت بصفة مؤقتة حتى يجوز الرجوع فيها

مما سبق و بعدما عرضنا ما يمنع الوالدين من الرجوع في الهبة لولدهما فإن الموثق لا يمكنه من التحقق في أسباب و لا يتركه له التقدير كما لا يترك للواهب, بل يراقبه فيه القضاء [2] ويكون ذلك عن طريق رفع دعوى إلى المحكمة و يشرط لصحة الدعوى أن تتوفر في المتقاضي شروط رفع الدعوى الواردة في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و هي باختصار الصفة و المصلحة والأهلية

---

(1) - – قرار المحكمة العليا رقم 116191 الصادر المؤرخ 1997/01/19 المجلة القضائية العدد 2 ص 114

(2)- محمد يوسف عمرو , الميراث و الهبة , (دراسة مقارنة) دار الحامد للنشر و التوزيع الطبعة الأولى 2009 ص 289

ثانيا : شروط رفع دعوى الرجوع في هبة العقار :

1-الصفة :

تنص المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية " لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صـفة أو مـصـلحة قــائمة أو مـحتمـلة يقرها الــقانــون"

يثير القاضي تلقائيا انعدام الصفة في المدعي أو المدعى عليه [1]

و الصفة هي السلطة الممنوحة قانونا للشخص صاحب الحق في اللجوء إلى القضاء لحماية هذا الحق [2]

كما يجيز القانون أن يمارس هذا الحق بواسطة الغير ويكون وكيلا كالمحامي .

2- المصلحة :

ويقصد بها المنفعة التي يحققها صاحب الدعوى فهذه المنفعة هي الدافع لرفع الدعوى [3]

واتفق الشراح على أن المصلحة هي الشرط الأساسي لرفع الدعوى وقد ألغى المشرع الجزائري الأهلية من المادة **13** واتفق أغلب فقهاء القانون على أن الأهلية شرط لصحة التقاضي وليست شرطا لرفع الدعوى وهذا ما انتهجه المشرع الجزائري وإن لم يصرح بذلك لأنه يحل محل فاقد الأهلية ممثله القانوني بالإضافة للشروط السالفة الذكر يجب على رافع الدعوى مراعاة الاختصاص الإقليمي والنوعي لرفع دعواه وهو ما سنبينه في العنصر التالي :

---

(1)- قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

(2) – عادل بوضياف, الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية, اصدار كليك للنشر , الجزء الأول الطبعة الأولى سنة 2012 ص 32

(3)- نبيل صقر , الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية و الادارية , دار الهدى , عين مليلة الجزائر سنة 2008 ص 46

ثالثا : الاختصاص النوعي والإقليمي لرفع دعوى الرجوع .

1-الاختصاص النوعي لرفع دعوى الرجوع :

بالرجوع للمادة 511 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجدها تنص على أن القسم العقاري ينظر في المنازعات المتعلقة بالأملاك العقارية

وتنص المادة التي تليها 512 على أن القسم العقاري ينظر في الهبات والوصايا المتعلقة بالعقارات .

ويعتبر عدم الاختصاص النوعي من النظام العام, تقضي به الجهة القضائية تلقائيا في أي مرحلة كانت عليها الدعوى هذا حسب المادة 36 من نفس القانون إلا أنه وبالرجوع للمادة 32 فقرة 4 من القانون نفسه تنص على في حال تم جدولة قضية في قسم غير القسم المعني فأن القضية تحال تلقائيا أما القسم المعني بعد إخطار رئيس المحكمة وعمليا يكون على رافع الدعوى دفع فارق رسوم التسجيل.

2-الاختصاص الإقليمي لرفع الدعوى :

تنص المادة 518 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أنه يؤول الاختصاص الإقليمي إلى المحكمة التي يوجد العقار بدائرة اختصاصها ما لم ينص القانون على خلاف ذلك بعكس الاختصاص النوعي لا يعتبر الاختصاص الإقليمي من النظام العام ولا يثيره القاضي تلقائيا وإنما على الخصوم إثارته

المطلب الثاني : آثار الرجوع في عقد الهبة في العقار .

بعدما تطرقنا في المطلب السابق إلى شرح كيفيات الرجوع في الهبة في العقار سنتحدث في هذا المطلب عما يترتب عن هذا الرجوع من أثار سواء كان بالتراضي أو بحكم القاضي و بالرجوع للتشريع الجزائري فيما يخص مسألة آثار الرجوع نجد الإشكال في أن المشرع لم يورد من خلال

قانون الأسرة و لا القانون المدني ما يترتب على الرجوع في الهبة ما يستوجب علينا الرجوع للمادة 222 من قانون الأسرة التي تحيلنا لأحكام الشريعة الإسلامية عكس التشريعات العربية الأخرى التي نصت صراحة على آثار الرجوع في الهبة فنجد المشرع المصري في المادة 503 من التقنين المدني ينص على " يترتب على الرجوع في الهبة بالتراضي أو بالتقاضي أن تعتبر الهبة كأن لم تكن و لا يرد الموهوب له الثمرات إلا من وقت الاتفاق على الرجوع أو من وقت رفع الدعوى , و له أن يرجع بجميع ما أنفقه من مصروفات ضرورية , أما المصروفات النافعة فلا يجوز الرجوع بها القدر الذي زاد في قيمة الشيء الموهوب " و تقابله المواد 471 – 472 من التقنين السوري و المواد 492–493 من التقنين الليبي و المواد 625 –624 من التقنين العراقي و المواد 525 من تقنين الموجبات و العقود اللبناني [1]

مما سبق و بالرجوع للمادة 222 من قانون الأسرة الجزائري التي تحيلنا لأحكام الشريعة الإسلامية يمكن القول بأن الهبة بعد الرجوع كأن لم تكن أما آثار الرجوع فيها فقد تعود على المتعاقدين كما قد تعود على الغير

لهذا قسمنا هذا المطلب إلى قسمين نبين من خلالهما أثر الرجوع في الهبة بالنسبة للمتعاقدين (الفرع الأول) كما نبين أثر هذا الرجوع بالنسبة للغير (الفرع الثاني)

الفرع الأول : بالنسبة للمتعاقدين :

مما سبق فإن الرجوع في الهبة ما بين المتعاقدين يترتب عليه ما يلي:

أولا: اعتبار الهبة كأن لم تكن : فرجوع الواهب في هبته أما بالتراضي (التقايل) أو بالتقاضي فإن الهبة في هذه الحالة تعتبر كأن لم تكن ويعود المتعاقدان إلى ما كانا عليه.

---

(1)– عبد الرزاق السنهوري , الوسيط في رح القانون المدني(باقي العقود ...) المرجع السابق , ص 205

ثانيا:حقوق الواهب على الموهوب له :

1- **رد العقار الموهوب إلى الواهب :** فبعد أن تعتبر الهبة كأن لم تكن يصبح واجبا على الموهوب له رد العقار الموهوب إلى صاحبه (الواهب) و للواهب عدم تسليم العقار إذا كان لم يسلمه , فإذا هلك العقار الموهوب بعد الرجوع في الهبة بفعل الموهوب له , فعلى هذا الأخير تعويض ما لحق الواهب من ضرر باعتباره ماسكا لهذا العقار إلى غاية التسليم من قبل الواهب (1)

أما إذا تعرض العقار الموهوب للهلاك بفعل أجنبي فيقع عبئ هذا الهلاك على الواهب ما لم يكن قد قام هذا الأخير بإعذار الموهوب له بالتسليم ففي هذه الحالة يتحمل الموهوب له تبعة الهلاك و يلزم بالتعويض .

2- **رد الثـــــمرات :** الثمرات في الأصل هي ملك للموهوب له بعد الهبة يتصرف فيها كيفما يشاء ويبقى هذا الاستغلال ملكا له إلى اليوم الذي يتم فيه الرجوع إما بالتراضي أو بحكم القاضي فقبل يوم الرجوع يكون الموهوب له في حرية تامة ويعتبر حسن النية في التصرف في ممتلكاته و لا يرتب ذلك عنه شيئا فإذا تم الرجوع أو صدر حكم من القاضي بفسخ عقد الهبة لعذر مقبول فإن ملكية الثمرات تخرج من يد الموهوب له بالرغم من أنها لا زالت عنده ويكون ضامنا لها إلا لقوة قاهرة أو بفعل أجنبي(2). فيصبح الموهوب له سيئ النية إذا تصرف فيها بعد الرجوع و يتوجب عليها رد ما استهلكه منها و تنص المادة 697 من القانون المدني الجزائري على أن " لمالك الشيء الحق في كل ثماره و منتجاته و ملحقاته ما لم يوجد نص أو اتفاق يخالف ذلك

بالقياس على هذه المادة فثمار العقار محل الهبة تكون ملكا للموهوب له ما لم يكن فيه اتفاق يخالف ذلك.

---

(1)-نورة منصوري , المرجع السابق ص 93

(2)-عبد الرزاق السنهوري , الوسيط في رح القانون المدني(باقي العقود ...) المرجع السابق , ص 209

وبالتالي فالثمار تعود من حق الموهوب له قبل الرجوع أما بعده فهي تعود للواهب

ثالثا : حقوق الموهوب له على الواهب : كما يمنح الرجوع في الهبة للواهب بعض الحقوق

فإنه وبالمقابل يرتب حقوقا للموهوب له, فقد يقوم الموهوب له بنفقات عند استغلاله للشيء

الموهوب وهذه النفقات تكون ضرورية كأعمال الصيانة وقد تكون نافعة كإدخال بعض التجهيزات على الشيء و زاد قيمته أو نفقات كمالية كتجميل العين وإدخال بعض التعديلات التي زادته جمالا (1)

فإن كانت هذه المصروفات ضرورية كإصلاح جدار المنزل الموهوب فإن من حق الموهوب له الرجوع بكافة المصروفات التي أنفقها (2)

أما إذا كانت هذه المصروفات من المصاريف النافعة و التي أنفقها الموهوب له على الشيء الموهوب و كان من شأنها الزيادة في قيمته أو منفعته , و هنا يرجع الموهوب له على الواهب بأقل القيمتين : المصروفات التي أنفقها أو ما زاد في قيمة الشيء الموهوب بسبب هذه المصروفات (3)

وإذا كانت المصروفات كمالية , لم يرجع بشيء على الواهب , و لكن يجوز له أن ينزع من الشيء الموهوب ما استحدثه من منشآت على أن يعيد الشيء إلى حالته الأولى , وذلك ما لم يختر الواهب أن يستبقي هذه المنشآت بدفع قيمتها مستحقة .ومنه وبالعودة للقوانين العربية نجد بأن المادة 980 من القانون المدني المصري تنص على أنه إذا كانت المصروفات كمالية فليس للحائز أن يطالب بشيء منها, و مع ذلك يجوز له أن ينزع م استحدثه من منشآت على أن يعيد الشيء إلى حالته الأولى, إلا إذا اختار المالك أن يستبقيها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة

---

(1) – هلال فريدة المرجع السابق ص 84

(2) – ضريفي الصادق المرجع السابق ص 107

(3) – حمدي باشا , عقود التبرعات ص 38

الفرع الثاني : بالنسبة للغير

كما بالنسبة لآثار العقد بين المتعاقدين فإن المشرع الجزائري لم يذكر كذلك أثار الرجوع بالنسبة للغير ما يستوجب علينا الرجوع للقواعد العامة و التشريعات المقارنة و كذا أحكام الشريعة الإسلامية و عليه و بتطبيق قواعد العدالة سواء كان هذا الرجوع بالتراضي أو بالتقاضي فإنه لا يكون له أثرا رجعيا بالنسبة للغير, كما أن فقهاء المسلمين يقررون أن حقوق الغير أقوى من أن تتأثر بالرجوع إذا أن هناك حق شرعي اكتسبه هذا الغير فبالرغم من أن الرجوع في الهبة تعتبر كأن لم تكن إلا أنه يجب حماية المراكز القانونية للأشخاص حسن النية وقد ذهب فريق من الفقه إلى القول بأن الرجوع في الهبة يترتب عليه سقوط كافة الحقوق التي اكتسبها الغير من الموهوب له على المال الموهوب , إلا أن إعمال هذا الرأي يؤدي إلى التعدي على حقوق الغير وعدم اعتبارها, كما أنه يهدد استقرار المعاملات كما يؤدي كذلك إلى عزوف الغير من الناس عن التعامل مع الموهوب له خوفا من ضياع حقوقهم بعد الرجوع في الهبة ما قد يترتب عليه إلحاق ضرر بالموهوب له و بالغير حتى قبل الرجوع في الهبة , و ذهب فريق آخر إلى أن الرجوع في الهبة لا يرتب لأثرا رجعيا بالنسبة للغير حسن النية و هو الرأي السديد في هذه الحالة و هنا يجب أن نفرق بين ما إذا كان الموهوب له قد تصرف في الشيء الموهوب بنقل الملكية بعد رسمي كأن يهبه لشخص آخر أو كان قد تصرف فيه بأن رتب عليه حقا عينيا كالرهن أو حق الارتفاق أو غير ذلك من الحقوق العينية الأخرى [1]

أولا: تصرف الموهوب له في العقار الموهوب تصرف نهائي :

نميز هنا بين حالتين من التصرف في العقار الموهوب الحالة الأولى هي التصرف قبل الرجوع في الهبة أما الحالة الثانية فهي التصرف بعد شهر العريضة الافتتاحية للرجوع في الهبة

ثانيا: تصرف الواهب في العقار قبل ممارسة حق الرجوع :

(1)– أنظر حمدي باشا , عقود التبرعات , ص 39

يعتبر العقار الموهوب ملكا للموهوب له بعد قيام الهبة و تكون له كل الحرية في التصرف فيه

كيفما شاء وفقا لأحكام الملكية الواردة في القانون المدني في المادة 674 بحيث تنص على أن الملكية هي حق التمتع و التصرف في الأشياء بشرط ألا يستعمل استعمالا تحرمه القوانين و الأنظمة .. و بهذا فإذا قام الموهوب له بأي تصرف ناقل للملكية قبل ممارسة الواهب لحق الرجوع سقط حق الرجوع على الواهب فالتصرف في الأشياء الموهوبة يمنع الرجوع فيها وفقا للمادة 211 من قانون الأسرة الجزائري وفي هذا الأحوال فإن الرجوع ممنوع أصلا وليس له أثر راجع بالنسبة للغير [1]

ثالثا : التصرف في الهبة بعد شهر عريضة افتتاح الدعوى :

فكما هو الحال فإن جميع الدعاوى التي يكون موضوعها متعلق بعقار فأنه يجب شهر الدعوى تحت طائلة رفض الدعوى شكلا وهذا ما نصت عليه المادة 17 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقولها " يجب إشهار عريضة رفع الدعوى لدى المحافظة العقارية إذا تعلقت بعقار و/أو حق عيني عقاري مشهر طبقا للقانون تحت طائلة عدم قبولها شكلا , ما لم يثبت

إيداعها للإشهار " [1] و نفس الأمر بالنسبة للمادة 519 من نفس القانون التي تؤكد على وجوب شهر الدعاوى التي يكون موضوعها فسخ أو تعديل أو إبطال أو نقض حقوق قائمة على عقود تم شهرها

وبالرجوع للمادة 85 من المرسوم 63/76 المؤرخ في 25-03-1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري فإنها هي الأخرى تؤكد على وجوب شهر الدعاوى المنصبة على عقار فكما يتم شهر

---

(1) – إسماعيل محي الدين العقود المدنية الصغيرة في القانون المدني و الشريعة الإسلامية, دار النهضة , الطبعة الثانية سنة 1995 ص57

(2)– قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية, الرسمية عدد 21 مؤرخة في 23 أبريل 2008 .

العقد لإعلام الغير بالتصرف يجب شهر الدعوى ليعرف الغير بأن العقار في نزاع , هذا حتى تكون العريضة المشهرة حجة للواهب في حال صدر حكم بالرجوع لصالحه.

كما أن شهر دعوى الرجوع في الهبة لا يمنع الموهوب له من التصرف في العقار ما دام الغير عالم بأن العقار محل التصرف في نزاع.

فبعد شهر دعوى الرجوع من قبل الواهب فإن التصرف الذي قام به الموهوب له لصالح الغير لا يكون حجة ضد المدعي (الواهب) و لا يرتب عليه أي أثر.

رابعا : ترتيب حق عيني على العقار

قد لا يتصرف الموهوب له في العقار الموهوب تصرفا نهائيا بل يقتصر على ترتيب حق عيني كحق انتفاع أو حق ارتفاق أو حق الرهن [1] و في هذه الحالة نميز بين حالتين هي ترتيب الحق العيني قبل شهر دعوى الرجوع و بعد شهر دعوى الرجوع

1- قبل شهر دعوى الرجوع :

بالرجوع للقواعد العامة فإذا رتب الموهوب له حقا عينيا لصالح الغير قبل قيام الواهب بشهر دعوى الرجوع فإن حقوق الغير تبقى ثابتة خاصة إذا كان الغير حسن النية ففي هذه الحالة إذا صدر حكم لصالح الواهب باسترداد عقاره استرده و هو مثقل بهذه الحقوق أما إذا كان الغير سيء النية ففي هذه الحالة يؤخد منه ما أخذه بسوء نيته و يسترد الواهب العقار بكل حقوقه .

2-بعد شهر دعوى الرجوع :

فإذا ترتب على العقار الموهوب حقوق عينية بعد شهر عريضة الرجوع و صد حكم لصالحه فهذه الحقوق لا تسري على الواهب و يسترد عقاره خاليا من أي حق لصالح الغير , ويقوم

---

(1)- عبد الرزاق السنهوري , الوسيط في شرح القانون المدني(باقي العقود ...) ص 212

الموهوب له طبقا للقواعد العامة بالتعويض للغير ما دفع له بدون وجه حق.

في خــاتمـــة هــذا الفـصل يجدر بنا القول بأن عقد الهبة في العقار من العقود الحساسة من حيث الإجراءات الخاصة بها ولو اختل فيه إجراء من الإجراءات السابقة الذكر من توثيق وتسجيل وشهر فإن هذا قد يترتب عليه بطلان العقد ولا يرتب أي أثر بالنسبة للمتعاقدين أو بالنسبة للغير

كما تبرز حساسية هذا العقد من خلال كيفيات الرجوع فيه , فبالإضافة إلى القيود الواردة في المادة 211 من قانون الأسرة وصعوبة الرجوع فيه . فالإشهار يلعب كذلك دورا هاما في دعاوى الرجوع في عقد الهبة في العقار ولو تخلف هذا الإجراء فإن ذلك سيترتب عليه عدم قبول الدعوى وبالتالي لا يرتب أي أثر بالنسبة للمتعاقدين أو بالنسبة للغير

أما إذا تمت كامل الإجراءات على الوجه الصحيح فإن ذلك سيرتب آثارا مختلفة إما بالنسبة للمتعاقدين أو بالنسبة للغير , إلا أن المشرع الجزائري قد أغفل ذكر الآثار المترتبة على الرجوع في عقد الهبة عكس القوانين العربية الأخرى ما استوجب علينا الرجوع إلى القواعد العامة وكذا الشريعة الإسلامية والقوانين العربية .

خاتمة

بعدما تعرفنا على عقد الهبة في العقار سواء من الناحية الفقهية أو من الناحية القانونية أو من خلال التشريعات العربية المقارنة يمكن استخلاص النتائج التالية :

1- أن فقهاء الشريعة الإسلامية على اختلاف مذاهبهم اتفقوا على أن الهبة تمليك المملوك في الحياة وبلا عوض وهو نفس ما أخذ به المشرع الجزائري .

2-أن عقد الهبة في العقار يمتاز عن باقي العقود الأخرى بخصائص سوء كانت من عقود التبرعات أم لا .

3-بالإضافة إلى الأركان العامة للعقد (الراضي – السبب – المحل) فإن عقد الهبة في العقار يجب أن يتوفر فيه كذلك شروط خاصة وهي الشكلية والحيازة وإلا بطل العقد إلا أنه استثنى شرط الحيازة في حالتين وهما في حال كان الشيء الموهوب في يد الموهوب له أو كان الموهوب له ولي أو زوج الواهب وفي هذه الحالة فالإجراءات الشكلية تغني عن الحيازة.

4- كما يجب أيضا مراعاة أحكام التوثيق في الهبات التي يكون محلها عقار بدءا من التوثيق وحتى تسجيل وإشهار العقد وهو ما تختص به عن باقي الهبات الأخرى .

5-وأن اختلال الشكيلية يؤدي إلى بطلال العقد و هذا ما نصت عليه المادة 206 من قانون الأسرة الجزائري بقولها " و إذا اختلت أحد القيود السابقة بطلت الهبة.

6- كما نستنتج أيضا أن المشرع الجزائري لم يتطرق للوعد بالهبة لا بالإجازة و لا بالمنع سواء في قانون الأسرة أو في القانون المدني وهو ما يطرح إشكالا لدى الموثقين حول مدى إمكانية تحرير هذا العقد خلافا للمشرع المصري الذي نص عليه صراحة في المادة 490 بقولها " الوعد بالهبة لا ينعقد إلا إذا كان بورقة رسمية .

7- لم ينظم المشرع الجزائري عقد الهبة في العقار تنظيما شاملا بل جعلها في قوانين متفرقة من قانون عقاري وقانون مدني وقانون الأسرة.

8-وقد ساير المشرع الجزائري الشريعة الإسلامية في جعل حق الرجوع في الهبة حق مقرر للوالدين دون سواهما إلا في الحالات الواردة في المادة 211 و 212 من قانون الأسرة .

9-ويجدر القول أيضا بأن المشرع الجزائري لم يبين من خلال قانون الأسرة الآثار المترتبة على الرجوع في الهبة سواء بالنسبة للأطراف أو بالنسبة للغير ما يحيلنا للمادة 222 و العودة لأحكام الشريعة الإسلامية .

10-القسم العقاري هو القسم المختص في الفصل في الدعاوى المتعلقة بالهبة في العقار .

و من خلال هذه النتائج يمكن القول بأن المشرع الجزائري لم يعط للهبة في العقار القدر الكافي من العناية ولم يتدارك هذه الثغرات والإشكالات من خلال قانون الأسرة الجديد بالرغم من عدد الانتقادات التي تعرض لها سواء بالنسبة للهبة بشكل عام أو للهبة في العقار بشكل خاص مما يصعب المهمة على أصحاب الاختصاص كالموثقين والمحامين و القضاة .

لذا فإننا نقترح أن يقوم المشرع بإعادة النظر في الباب المتعلق بالهبة وتدارك ما فاته من هفوات

وثغرات من خلال العودة للشريعة الإسلامية والتشريعات العربية الأخرى و أن يورد فيه مايلي :

1-تحديد إذا ما كان الرجوع في الهبة يتم عن طريق الموثق أم يتم عن طريق القضاء لأن الموثق ليس مختصا في التحقيق في موانع الرجوع .

2-التطرق للآثار المترتبة عن الرجوع في عقد الهبة في العقار بالنسبة للأطراف أو بالنسبة للغير

3-تنظيم الوعد بالهبة تنظيما واضحا لإزالة الإشكال و الغموض الذي يعتريه

و بهذا الجهد اليسير أتمنى أن أكون قد وفقت في شرحي لموضوع الهبة في العقار وأن أكون قد أحطت قدر المستطاع بهذا العقد ولو بشكل يسير فإن أصبت فمن الله عز وجل وإن أخطأت فمن نفسي ومن الشيطان .

ملحـق 1

نموذج عقد هــبة

الحمد لله وحده // لدى الأستاذ....... الموثق بمكتب التوثيق .... ، والموقع أسفله.

. حضر .

السيدة / ... المولودة ب.... ولاية .... بتاريخ .... سنة ألف و تسعمائة و .... (....) جزائرية الجنسية مهنتها .... الساكنة .... الحاملة لبطاقة التعريف لرخصة السياقة رقم .... المسلمة لها من دائرة ولاية ...... بتاريخ .... .

الواهبة من جهة أولـى

و التي صرحت للموثق الموقع أسفله حال صحتها و كمال أهليتها طائعة مختارة أنها وهبت بموجب هذا العقد ملتزمة بجميع الضمانات القانونية المعمول بها في هذا الشأن كل ذلك طبقا للمادة 202 و ما يليها من مواد من قانون الأسرة ....

السيدة / ..... المولودة ب.... ولاية .... بتاريخ .... سنة ألف و تسعمائة و .... (....) جزائرية الجنسية مهنتها .... الساكنة .... الحاملة لبطاقة التعريف لرخصة السياقة رقم .... المسلمة لها من دائرة ولاية .... بتاريخ .... .

الموهوب لها من جهة ثانية .

الحاضرة مجلس العقد و القابلة بنفسها المناب المشاع من العقار المعين فيما يلي :

التعيين :

شقة سكنية بعقار ذي ملكية مشتركة كائنة بتراب بلدية .... دائرة .... ولاية .... تقع بحي .... بالطابق .... للعمارة ... حيث تحمل رقم .... تحتوى علي : ..... غرف (.....) مطبخ و حمام و مرحاض و توابع أخرى مساحة الجميع ..... مترا مربعا ..... ديسيمترا مربعا (..... م ^{2}) ، ثانيا / و نسبة (..... \ 1000) من الأجزاء المشتركة للعمارة التابعة لها و التي تشكل القطعة رقم (.....) حسب البيان الوصفي للإنقسام المشهور بالمحافظة العقارية ب.... بتاريخ : ..... مجلد : ..... رقم : ..... .

و كما يوجد هذا العقار يمتد و يسترسل مع جميع منافعه و مرافقه من غير إستثناء أو تحفظ و هو معروفة أتم المعرفة من الموهوب لهما التان صرحتا للموثق الموقع أسفله أنهما رأيتاه و عاينتاه و قبلتا به بالحالة التي هو عليها الآن من غير أي شرط أو قيد .

في حالة الشراء من أملاك الدولة .

تملكت الواهبة العقار المعين أعلاه الموهوب حاليا بموجب هذا العقد بطريق الشراء من أملاك الدولة لولاية ..... بموجب عقد بيع إداري تلقاه السيد مدير الأملاك لولاية ....

بتاريخ .... تحت رقم .... من سجل العقود الإدارية لسنة .... سجل هذا العقد بمصلحة التسجيل ب.....بتاريخ : ...... و شهرت نسخة منه بالمحافظة العقارية ب..... بتاريخ : ..... مجلد : ......رقم : ..... .

في حالة دفع الثمن جملة واحدة .

تم هذا الشراء لقاء ثمن إجمالي قدره ...... دينار جزائري (...... دج) دفعته الواهبة كله جملة واحدة على وجه التسديد الفوري كاملا بتاريخ ......كما يستفاد من الوصل رقم : ...... المسلم لها من ...... و كما هو مذكور ببراءة الذمة بالعقد المحلل .

في حالة الشراء بموجب عقد توثيقي .

تملكت الواهبة العقار المعين أعلاه الموهوب حاليا بموجب هذا العقد بطريق الشراء من السيد .... بموجب عقد بيع تلقاه الأستاذ .... الموثق بمكتب التوثيق ب...... بتاريخ .... تحت رقم .... من فهرس العقود لسنة .... سجل هذا العقد بمصلحة التسجيل ب.....بتاريخ : ... و شهرت نسخة منه بالمحافظة العقارية ب.... بتاريخ : ..... مجلد : ...... رقم : ..... .

تم هذا الشراء لقاء ثمن إجمالي قدره .... دينار (.... دج) دفعته الواهبة كله جملة واحدة على وجه التسديد الفوري كاملا بتاريخ العقد المحلل كما يستفاد ببراءة الذمة بالعقد المحلل .

أما عن أصل الملكية السابق / فقد أعفى الطرفان سيما الموهوب لهما الموثق الموقع أسفله من التوسع بإثباته بهذا العقد مكتفين بالرجوع للعقد المحلل عند اللزوم .

الملكيـة و الإنتفاع .

تصبح الموهوب لهما مالكتان للعقار المعين أعلاه الموهوب لهما حاليا بموجب هذا العقد إبتداء من تاريخ اليوم و يكون لهما الإنتفاع به و إستغلاله من نفس اليوم إذ أن العقار الموهوب حاليا بموجب هذا العقد خال و سالم من أي دين أو تبعية أو إحتلال حسب تصريحات الطرفين .

التكاليف والشروط .

تمت هذه الهبة و قبلها الطرفان وفق التكاليف والشروط و الإلتزامات العادية و القانونية الجارية في مثل هذا الشأن لا سيما التالية التي إلتزمت الموهوب لهما بتنفيذها و أدائها و هي :

أولا / تأخذان العقار المعين أعلاه الموهوب لهما حاليا بموجب هذا العقد بالحالة التي هو عليها الآن من غير رجوع على الواهب لأي سبب كان لا سيما لرداءة سطح الأرض أو لسوء باطن الأرض أو ظاهرها أو خطأ في التعيين أو في المساحة أو في المشتملات .

ثانيا / تتحمل الموهوب لهما جميع حقوق الإرتفاق المترتبة على العقار الموهوب مهما كان نوعها الظاهرة منها أو الباطنة الجارية أو المتوقفة ما لم تعارضا فيها و تنتفعان بالمقابل بتلك الإيجابية و النافعة إن وجدت كل ذلك تحت مسؤوليتهما من غير رجوع على الواهب لأي سبب كان و من دون أن يمنح هذا الشرط لأي كان حقوقا أكثر مما يستحق بموجب وثائق رسمية لم تسقط بالتقادم أو بحكم القانون و من غير أن يضر هذا الشرط بالحقوق الناتجة للموهوب لهما بموجب هذا العقد .

ثالثا / تسدد من يوم تملكهما للعقار المعين أعلاه الموهوب لهما حاليا بموجب هذا العقد جميع الضرائب و التكاليف و الرسوم و غيرها من المساهمات كيفما كانت لا سيما ما يخص الماء و الغاز و الكهرباء بحيث لا يكون الواهب متبوعا أبدا في شأن ذلك .

رابعا و أخيرا / تتحملان سائر المصاريف و الحقوق و الأتعاب التوثيقية المترتبة على هذا العقد و توابعه القانونية و العادية .

التقويم .

لقبض سائر المصاريف الواجبة على هذا العقد و توابعه القانونية و إجراء الشهر العقاري قوم الطرفان العقار المعين أعلاه الموهوب حاليا بموجب هذا العقد بمبلغ جزافي إجمالي قدره .... ألف دينار جزائري (............ دج) و صرح الواهب طبقا للمادة 232 من قانون التسجيل المعدل و المتمم أن هذه أول هبة صدرت منه للموهوب لهما طيلة حياتهما .

الحالة المدنية.

صرحت الواهبة تحت طائلة العقوبات القانونية جازمة أنها من جنسية جزائرية تتمتع بكامل أهليتها المدنية و أنها ليست في حالة حجر أو إفلاس أو تسوية قضائية أو توقف عن الأداء و أنها غير متبوعة أو محتمل أن تمسها النصوص القانونية المتعلقة بتهمة التعدي على التراث الوطني و أن العقار المعين أعلاه الموهوب العقد الحالي خال و سالم من أي إحتلال أو دين أو تبعية .

تسليم المستندات .

و في الحين سلم الواهب للموهوب لهما المعترفتين بذلك التسليم نسخة من عقد الملكية المحلل أعلاه ، و لا يسلم للموهوب لهما أي سند ملكية آخر قديم إذ تحلان محل الواهب في جميع حقوقه و دعاواه و بموجب هذا الحلول يكون لهما الحق في إستخراج جميع ما تريانه ضروريا من الوثائق و السندات كل ذلك على نفقتهما الخاصة .

الشهر العقاري .

ستشهر نسخة من هذا العقد بالمحافظة العقارية ب .... بسعي من الموثق الموقع أسفله على نفقة الموهوب لهما و إن ثبت من الشهادة التي تسلم إثر هذا الإجراء قيد رهن على العقار المعين أعلاه يجب على الواهب العمل على رفع اليد و شطب هذا القيد خلال شهر من يوم الإعلان الذي يوجه له بموطنه المختار على نفقته .

الموطن .

لتنفيذ هذا العقد و توابعه العادية و القانونية إختار الطرفان موطنهما القانوني محل سكنهما

المذكور أعلاه ، يمكن مخاطبتهما فيه عند الإقتضاء .

تلاوة القوانين و التأكيدات .

قبل الختام تلا الموثق الموقع أسفله على مسامع الطرفين المعترفين بذلك أحكام المواد : 113 ، 118 ، 119 ، 133 و 134 من قانون التسجيل المعدل و المتمم فصرح كل واحد منهما بعد إستجوابهما كل على حدة تحت طائلة العقوبات القانونية المنصوص عليها بالمادة 134 من قانون التسجيل المذكور أن العقد الحالي يتضمن كامل القيمة الحقيقية للأموال العقارية المعينة أعلاه موضوع العقد الحالي ، و أكد الموثق الموقع أسفله بدوره أنه حسب علمه فإن هذا العقد غير مغير أو مناقض بأي سند مضاد يتضمن زيادة في القيمة المصرح بها أعلاه .

الإشهاد .

أبرم هذا العقد و حرر بمحضر شاهدي العدل الذان أكدا للموثق الموقع أسفله هوية و أهلية الطرفين مؤكدين معرفتهما لهما معرفة تامة و أكيدة و هما :

أولا / السيد ..... المولود ب.... ولاية .... بتاريخ ... جزائري الجنسية مهنته .... الساكن .... الحامل لبطاقة التعريف رخصة السياقة رقم .... المسلمة له من دائرة ولاية .... بتاريخ .... .

ثانيا / السيد ..... المولود ب.... ولاية .... بتاريخ .... جزائري الجنسية مهنته .... الساكن .... الحامل لبطاقة التعريف رخصة السياقة رقم .... المسلمة له من دائرة ولاية .... بتاريخ .... .

. إثباتا لما ذكر .

- حرر و إنعقد بمكتب التوثيق ....

- في سنة:

- و في يوم :

- و بعد التلاوة وقع الجميع مع الموثق .

ملحق 2

نموذج عقد الرجوع عن الهبة

أمامنا نحن الأستاذ(ة)........................ الموثق(ة) بـ...........................

حضـر

السيد ...... إبن ......، ......، الساكن بـ....................، المولود بـ .... ، بتاريخ ../../.... ،
الحامل لبطاقة تعريفه الوطنية (أو جوازه للسفر) تحت رقم ......، الصادر عن ....، بتاريخ ../../... .
من جنسية جزائرية.

طلب من الموثق الموقع أدناه التحرير في الشكل الرسمي عقد متضمن رجوعها عن الهبة لأبنائها....... و ذلك طبقا لنص المادة 211 و ما يليلها من قانون الأسرة المؤرخ في التاسع جوان سنة ألف و تسعمائة و أربعة و ثمانين و قبل الشروع في الموضوع عرضت ما يلي.....................

العـرض

بموجب عقد تلقاه الموثق(ة) الموقع أدناه بتاريخ ....تحت رقم ..../...... و مسجل بمفتشية .... بتاريخ .... حسب الوصل ...... رقم .... و مشهور بالمحافظة العقارية بـ.......بتاريخ .... مجلد ...... رقم ......، و هبت المتدخلة السيد فضول رابحة إلى أبنائها :

السيد ...... ولد ......، ......، الساكن بـ........ ، المولود بـ ....، بتاريخ ../../......، الحامل لبطاقة تعريفه الوطنية

(أو جوازه للسفر) تحت رقم ....، الصادر عن ......، بتاريخ ../../.... من جنسية جزائرية.

السيد ..... ولد ......،......، الساكن بـ..........، المولود بـ ....، بتاريخ ../../......،
الحامل لبطاقة تعريفه الوطنية (أو جوازه للسفر) تحت رقم ....، الصادر عن .... بتاريخ../../....

من جنسية جزائرية.

السيد ..... ولد ......، ......، الساكن بـ.......، المولود بـ ....، بتاريخ ....، الحامل لبطاقة تعريفه الوطنية (أو جوازه للسفر) تحت رقم .....، الصادر عن ......، بتاريخ ../../....

من جنسية جزائرية.

العقار المعين في ما يلي:

التعيــين:

و هذه الأموال و الحقوق العقارية الموهوبة حاليا كما هي ممتدة و متواصلة و ما تحتوي عليه من منافع و مرافق من غير أي استثناء و لا تحفظ و هي معروفة أتم المعرفة من طرف المشتري الذي اقر أنه رآها و عاينها لغرض هذا العقد.-----

أصل الملكية

حـق الرجوع

طبقا لنص المادة 211 و ما يليها من قانون الأسرة المؤرخ في التاسع جوان سنة 1984 تم الرجوع عن عقد الهبة المحلل أعلاه و عليه

استردت الواهبة السيدة فضول رابحة العقار المعين أعلاه و ذلك

إبتداءا من تاريخ العقد.-----

أصل الملكية السابقة

لمعرفة اصل الملكية السابقة للأموال العقارية المعينة يرجع إلى العقد المحلل أعلاه.------

الملكية و الانتفـاع

بموجب هذا العقد تصبح الواهبة السيدة فضول رابحة مالكة للأموال العقارية المعينة أعلاه و لها حق الانتفاع إبتداءا من تاريخ العقد.-------.

الشهر العقاري

ستشهر نسخة من العقد الحالي على يد الموثق الموقع أدناه بالمحافظة العقارية بـ.........و أن ظهر عند إتمام هذا الإجراء أو بعد أي ديون على العقار الموهوب يجب على الواهب رفعه أو محوه على نفقته خلال الشهرين التاليين من الإبلاغ الذي يوجه له في موطنه المختار المذكور أنفا.-------

الحالة المدنية

ذكر الواهب تحت طائلة العقوبات القانونية أنه من جنسية جزائرية ليس في حالة حجر أو إفلاس أو تسوية قضائية و لا توقف عن الإدلاء و أنه ليس مشمول بحجز قضائي أو قانوني و أن العقار حر من أي دين أو رهن أو التزام.----------

المـوطن

من أجل تنفيذ هذا العقد و توابعه اختار الأطراف موطنهم بمقر سكانهم المشار إليه أعلاه.

التصريح لأجل التسجيل

فيما يخص الهبة السابقة ذكر الواهب أنه لم يؤسس اية هبة بين الأحياء و لا أعطى بدون مقابل فيما يخص تقويم العقار الموهوب فإن الأطراف يقومونه بـ......... (............دج).

تسليم المستندات

بموجب هذا العقد سلم الواهب للموهوب له المعترف بذلك نسخة من العقد المحلل أعلاه، و لا يسلم أي عقد آخر غير ما ذكر و له الحق في استخراج ما أراد من الوثائق على نفقته الخاصة.----------
----

قراءة القوانين و التأكيدات

و قبل إنهاء هذا العقد تلا الموثق الموقع أدناه على الأطراف المعترفين بذلك المادتين 119 و 120 من قانون التسجيل و كذا المادة 240 من قانون العقوبات و ذكر الأطراف أن هذا التقويم يتضمن صحة القيم المعلنة.-----

إثباتا لما ذكر

حرر و انعقد بمكتب التوثيق بـ......... أمام الأستاذ(ة)......... الموثق(ة) الموقع أسفله

سنة:.............................---------------

يوم:.............................---------------

و بعد التلاوة وقع الأطراف مع الموثق بمحضر:----

السيد .... ولد ....، ....، الساكن بـ.......................، المولود بـ ....، بتاريخ ....، الحامل لبطاقة تعريفه الوطنية (أو جوازه للسفر) تحت رقم ....، الصادر عن ....، بتاريخ ....

من جنسية جزائرية.

السيد .... ولد ....، ....، الساكن بـ.......................، المولود بـ ....، بتاريخ ....، الحامل لبطاقة تعريفه الوطنية (أو جوازه للسفر) تحت رقم ....، الصادر عن ....، بتاريخ ....

من جنسية جزائرية.

شاهدي عدل المكلفين المتوفرة فيهما الشروط المنصوص عليها في القانون.-----------

قائمة المـراجع

القرآن الكريم

أولا : كتب الــفـقـــه الإسلامي

1- أبي بكر عبد الرزاق بن همام , المصنف , المكتب الإسلامي , سنة 1983

2- مالك بن أنس بن مالك , الموطأ , مؤسسة الرسالة ناشرون , الطبعة الأولى , سنة النشر 2013

3- الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية على مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان , دار الفكر، سنة 1991

4- علي أبي الحسن , البهجة في شرح التحفة , دار الكتب العلمية , بيروت لبنان الطبعة الأولى 1998 ص 393

5- الأنصاري زكريا بن محمد ,فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب , دار الكتب العلمية، طبعة 1997

6- موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة , المغني , دار إحيار التراث العربي , الطبعة: الأولى , سنة 1985

ثانيا : النــصوص القـــــانونـــــية

1- قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة ، الجريدة الرسمية عدد 24 الصادرة في 12جوان 1984 المعدل و المتمم

2- قانون رقم 06-02 مؤرخ في 21 محرم 1427 الموافق ل 20 فبراير سنة 2006 يتضمن مهنة الموثق الجريدة الرسمية عدد 14 مؤرخة في 08 مارس 2006.

3- قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجريدة الرسمية عدد 21 مؤرخة في 23 أبريل 2008 .

4- مرسوم رقم 76-62 مؤرخ في 25 مارس 1976 يتعلق بإعداد مسح الأراضي العام الجريدة الرسمية عدد 30 مؤرخة في 13 أبريل 1976.

5- المرسوم رقم 36/76 المؤرخ في 1976/08/25 المتضمن بتأسيس السجل العقاري الجريدة الرسمية عدد 30 لسنة 1976

6- مرسوم تنفيذي رقم 08-243 المؤرخ في 03 غشت 2008 المتعلق بأتعاب الموثق جريدة رسمية عدد 45 . الجريدة الرسمية عدد 45 مؤرخة في 06 غشت 2008.

7- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم الجريدة الرسمية عدد 78 مؤرخة في 30 سبتمبر 1975.

8- الأمر رقم 75-74 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 يتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري الجريدة الرسمية عدد 92 مؤرخة في 18 نوفمبر 1975.

9- الأمر رقم 76-105 مؤرخ في 09 ديسمبر سنة 1976 و المتضمن قانون التسجيل المعدل والمتمم الجريدة الرسمية عدد 81 مؤرخة في 18 ديسمبر 1977

ثانيا : الكـــتــــب الـــــقانـــــونـــية

1- العمروسي أنور , العقود الواردة على الملكية في القانون المدني , دار الفكر الجامعي , الإسكندرية , الطبعة الأولى , 2002 .

2- السنهوري عبد الرزاق , العقود التي تقع على الملكية الهبة و الشركة و القرض و الدخل الدائم و الصلح , دار إحياء التراث العربي , لبنان , الجزء الخامس .

3- السنهوري عبد الرزاق , نظرية الإلتزام بوجه عام , مصادر الإلتزام , دار إحياء التراث العربي , لبنان , الجزء الأول .

4- بلحاج العربي , النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري , ديوان المطبوعات الجامعية , الجزء الأول , الطبعة الرابعة , سنة 2004.

5- بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون – الجزائر ، 1994 ، الجزء الثاني .

6- بوشناق جمال , شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري , دار الخلدونية , الجزائر , 2006 .

7- بوضياف عادل , الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية, اصدار كليك للنشر , الجزائر الجزء الأول الطبعة الأولى سنة 2012 .

8- تقية محمد بن أحمد, دراسة عن الهبة في قانون الإسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن , الديوان الوطني للأشغال التربوية , الجزائر الطبعة الأولى 2003 .

9- حمدي كمال , المواريث و الهبة و الوصية , مساء المعارف , الأسكندرية , 1987

10- حمدي باشا عمر عقود التبرعات دار هومة , الجزائر 2004 .

11- حمدي باشا عمر ، مبادئ القضاء العقاري ، دار العلوم للنشر و التوزيع ، باتنة ، الجزائر دون سنة النشر .

12- خلفوني مجيد , نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري , الطبعة الأولى , الديوان الوطني للأشغال التربوية 2003.

13- دلاندة يوسف , قانون الأسرة , دار هومة , الجزائر 2014 .

14- دلاندة يوسف , قانون الاسرة مدعم بأحدث إجتهادات المحكمة العليا في مادتي الأحوال الشخصية و المواريث , دار هومة , الجزائر 2004 .

15- صقر نبيل , الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والادارية , دار الهدى , عين مليلة الجزائر سنة 2008 ص 46 .

16- طلبة أنور , المطول في شرح القانون المدني , المكتب الجامعي الحديث , الأزاريطة , الإسكندرية , الطبعة الأولى , 2004, الجزء السابع .

17- عمرو محمد يوسف, الميراث و الهبة, (دراسة مقارنة) دار الحامد للنشر و التوزيع الأردن الطبعة الأولى 2009.

18- محي الدين إسماعيل , العقود المدنية الصغيرة في القانون المدني و الشريعة الإسلامية, دار النهضة بيروت لبنان, الطبعة الثانية سنة 1995.

19- مرسي محمد كامل ، شرح القانون المدني الجديد. العقود المسماة، الجزء الخامس مطبعة البيان العربي المملكة العربية السعودية سنة 1952.

20- منصوري نورة, هبة العقار في التشريع الجزائري , دار الهدى , عين مليلة الجزائر , 2010.

رابعا : الرسائل الجامعية

1- تقية محمد , الهبة في قانون الاسرة و القانون المقارن (أطروحة دكتوراه) جامعة الجزائر , معهد الحقوق و العلوم الإدارية 1996-1997 .

2- رويصات مسعود , نظام السجل العقاري في التشريع الجزائري , (مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجيستير) تخصص قانون عقاري , جامعة الحاج لخضر – باتنة – كلية الحقوق 2008 / 2009 .

3- ضريفي الصادق , الرجوع في عقد الهبة , (رسالة ماجيستير) فرع العقود و المسؤولية , جامعة الجزائر , كلية الحقوق 2001-2002 .

4- سماحي خالد, النظرية العامة لعقود التبرعات , دراسة مقارنة (أطروحة دكتوراه) فرع القانون الخاص , جامعة أبو بكر بلقايد , تلمسان , كلية الحقوق و العلوم السياسية 2012-2013 .

5- عياشي جمال, تداخل آثار عقود التبرعات و المواريث (أطروحة دكتوراه) فرع القانون الخاص , جامعة الجزائر -1- كلية الحقوق 2013- 2014 .

6- هلال فريدة , الهبة في ضوء القانون و القضاء الجزائري , (رسالة ماجيستير) , فرع العقود والمسؤولية , جامعة الجزائر – 1 – كلية الحقوق 2010 – 2011 .

خـــامسا : الـمــجـــــلات القضائية

1- المجلة القضائية لسنة 2007 العدد الأول .

2- المجلة القضائية لسنة 2006 العدد الثاني .

3- المجلة القضائية لسنة 2003 العدد الثاني.

4- المجلة القضائية لسنة 1997 العدد الثاني.

5- المجلة القضائية لسنة 1997 العدد الثاني.

6- المجلة القضائية لسنة 1992 العدد الثالث .

7- المجلة القضائية لسنة 1991 العدد الأول.

8- المجلة القضائية لسنة 1990 العدد الأول .

سادسا : القوانين العربية

1- القانون رقم 43 /1976 المتضمن القانون المدني الأردني الرسمية الجريدة رقم 2645 / 1976-08-02 .

2- القانون المدني.السوري , الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 84 تاريخ 1949/5/18.

3- القانون رقم 131 لسنة 1948 بإصدار القانون المدني المصري الجريدة الرسمية – العدد 28 (مكرر) في 16 يولية سنة 2011 .

4-قانون صادر في 9 مارس 1932 المتضمن قانون الموجبات والعقود اللبناني الجريدة الرسمية عدد 2642 سنة 10-04-1932 .

سـابعا : القـواميس

1- أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم (ابن منظور) , لسان العرب, دار صادر , سنة النشر .

فـــــــــــهـــــــــــرس المحـــــــتويات

الموضوع ــ الصفحة

مقدمـــــة ....أ. ب . ج . د.ه

الفصل الأول: ماهية الهبة في العقار 6

المبحث الأول : مفهوم الهبة في العقار..7

المطلب الأول : تعريف الهبة في العقار..7

الفرع الأول : تعريف الهبة 7

أولا : تعريف الهبة لغة 7

ثانيا : تعريف الهبة في الشريعة الاسلامية 8

ثالثا : تعريف الهبة في القانون 9

الفرع الثاني : تعريف الملكية العقارية 13

المطلب الثاني : خصائص الهبة في العقار 16

الفرع الأول : الهبة في العقار عقد كسائر العقود 16

الفرع الثاني : الهبة في العقار من عقود التبرعات 19

الفرع الثالث : الهبة في العقار تصرف بلا عوض 22

الفرع الرابع : عقد هبة ينصب على عقار 24

المبحث الثاني : أركان عقد الهبة في العقار..26

المطلب الأول : الأركان العامة لصحة عقد الهبة في العقار 26

الفرع الأول : التراضي في عقد الهبة في العقار 26

أولا : الاهلية في عقد الهبة في العقار 29

ثانيا : خلو الإرادة من العيوب 34

الفرع الثاني : المحل في عقد الهبة في العقار 38

أولا : أن يكون المحل موجودا 39

ثانيا : أن يكون المحل معينا 40

ثالثا : أن يكون المحل مشروعا 40

رابعا : أن يكون المحل ملكا للواهب 41

الفرع الثالث : السبب في عقد الهبة في العقار 41

المطلب الثاني : الأركان الخاصة لصحة عقد الهبة في العقار 43

الفرع الأول : الرسمية في عقد الهبة في العقار 43

الفرع الثاني : الحيازة في الهبة في العقار...44

الفصل الثاني : أحكام عقد الهبة في العقار 48

المبحث الأول : الإجراءات الخاصة بعقد الهبة في العقار...............................49

المطلب الأول : توثيق عقد الهبة في العقار 49

المطلب الثاني : تسجيـــل و شـــهر عقد الهــبة في العقار 55
الفرع الأول : تسجيل عقد الهبة في العقار 55
الفرع الثاني : شهر عقد الهبة في العقار 56
الفرع الثالث : جزاء الاخلال بالشكلية 59
المبحث الثـانـي : كيفية الرجوع في عقد الهبة في العقار و أثاره 61
المطلب الأول : كيفية الرجوع في عقد الهبة في العقار.................................61
الفرع الأول : الرجوع بالتراضي في هبة العقار..61
الفرع الثاني : الرجوع بالتقاضي في الهبة في العقار 63
اولا : موانع الرجوع في عقد الهبة في العقار 64
ثانيا : شروط رفع دعوى الرجوع في هبة العقار 67
ثالثا : الاختصاص النوعي والاقليمي لرفع دعوى الرجوع 68
المطلب الثاني : أثار الرجوع في عقد الهبة في العقار 68
الفرع الأول : بالنسبة للمتعاقدين 69
أولا :اعتبار الهبة كأن لم تكن 69
ثانيا : حقوق الواهب على الموهوب له 70
ثالثا : حقوق الموهوب له على الواهب 71
الفرع الثاني : بالنسبة للغير 72

أولا : تصرف الموهوب له في العقار الموهوب تصرف نهائي 72
ثانيا : تصرف الواهب في العقار قبل ممارسة حق الرجوع 72
ثالثا : التصرف في الهبة بعد شهر عريضة افتتاح الدعوى 73
رابعا : ترتيب حق عيني على العقار 74
الخاتمة 76

الملـــــــــــخص

للتعرف على عقد الهبة في العقار قمت بتقسيم الدراسة إلى فصلين :

تناولت في الفصل الأول (ماهية الهبة في العقار) الجانب النظري وذلك بإعطاء تعريفات مختلفة سواء من الناحية اللغوية أو من الناحية القانونية أو من الناحية الفقهية وذلك لإبراز مدى إصابة المشرع الجزائري في تعريف الهبة مقارنة بالتشريعات العربية المقارنة والشريعة الإسلامية على اختلاف مذاهبها كما تطرقنا لتعريف العقار والملكية العقارية كمحل لعقد الهبة وتطرقت في ذات الفصل أيضا إلى الخصائص والأركان المميزة لعقد الهبة في العقار عن باقي العقود الأخرى وذلك لإزالة اللبس والغموض وتوضيح الصورة أكثر للقارئ .

أما الفصل الثاني فقد تطرقت فيه للجانب الإجرائي فبنت من خلاله الإجراءات التي يجب أن يمر عليها العقد وهي توثيق وتسجيل وشهر العقد كما أبرزنا كيفيات الرجوع في عقد الهبه في العقار والآثار المترتبة عنه

كما عرجنا أيضا على بعض الإشكالات المتعلقة بهذا العقد مبينين موقف المشرع الجزائري منها .

Resume

Pour savoir l`acte de donation dans l`immeuble , j`ai partage mon etude en deux chapitres:

J`ai pris dans le premier chapitre – la notion de la donation dans l`immeuble – l`aspect theorique en donnant des definitions en differantes soit du cote linguistique du cote juridique ou doctrinal en vue de manifester la raison du legislateur algerien en la definition de la donnation par appo aux legislations arabes comparees et la legislation islamique de toutes ses doctrines , Ainsi que nous avons donne la definition de l`immeuble et la propriete immobiliere comme objet de l`acte de donation , J`ai parle egalement dans ce chapitre sur les caracteres et les elements qui distinguent l`acte de donation dans l`immeuble de tout autre acte en vue d`eviter toute confusion et ambiguite et elucider la question au lecteur

Quand au deuxieme chapitre , j`ai pris le cote de procedures en eclairant les peocedures que l`acte de donation doit les suivre savoir :

Documentation et enregistrement et publication de l`acte , ainsi que les methodes de retour dans l`acte de donation des immeubles et ses consequences .

On a repondu egalement sur quelques questions relatives a cet acte en montrant l`opinion du legislateur algerien sur ces question .